NAZIONALE
13
C
0

Digitized by Google

Digitized by Google

SEBVSIANI, ET IN SVPREMO

PRIMARII PRAESIDIS,

ET INTERPRETVM IVRIS CHILIADIS PARS PRIMA

Opus varium, nec illis tantùm qui in foro, ſed iis etiam, qui in ſcholis verſantur, longe vtiliſſimum, ad vera, rectáque iuris principia capeſſenda, quorum ignoratione pragmatici vulgaréſque interpretes paſſim cæcutiunt.

Aucta capitum ſummariis, Indice legum explicatarum, atque variorum Iuris pronuntiatorum, quæ ab autore expoſita ſunt, aut aduerſus interpretum & pragmaticorum inſcitiam luculenter defenſa, elencho.

Ex Legat. Ill.mi Cassini



BIBL. SEC. COLL. ROM. SOC. IESV
BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

SVMPTIBVS SAMVELIS CRISPINI.

CIↃ. IↃI. XII.

Digitized by Google

SERENISSIMO ATQVE INVICTISSIMO CAROLO EMANVELI

SABAVDIÆ DVCI, PEDEMONTIVM

Principi, Sebuſianorum Domino, &c. Antonius Faber Sebuſianus

P. F.

CVM de Republica mihi ſemper viſi ſunt benè mereri omnes, qui iuriſprudentiam tractant, Princeps inuictiſſime, tum ii omnium optimè, qui ſic tractant, vt ad præcepta ſciētiæ addant etiam iuris dicendi exercitationem Nam quod de virtutibus verè proditū eſt, præcipuam earum laudem in actione, non in contemplatione conſiſtere, idipſum ſanè de ſcientiis omnibus perinde dici poteſt, ſi eę excipiantur, quæ contemplatione adeò conſtant vt actionis penitus ſint expertes. Neque verò inſulse Doctores iſtos [illegible] cotibus aſſimilauerim, quæ acuendis gladiis, vt pūgere & ſcindere poſſint, aptiſſimæ, ad pungendum tamen vel ſcindendum ſunt ipſæ prorſus inutiles, & inefficaces. Itaque cùm iuris non ſcientiam, ſed prudentiam dicere ſoleamus, fatebor equidem iuriſperitos eos eſſe, at non æque prudentes, niſi nouo fortaſſis prudentiæ genere, quæ tota in docendo dicendóque tantùm, non etiam in agendo verſetur. In eóque mirandum certe, neſcio an dolendū potiùs eſt, tot ætate noſtra præſtantiſſimos Iureconſultos ſibi defuiſſe, qui in tradenda diſciplina, ne Papiniano quidem, vt videbantur inferiores, ſi quando tamē ad praxim deueniēdū fuit, vel de minima re interrogati aut obmutuiſſe, aut tam inepte reſpondiſſe memorantur, vt rudiòribus pragmaticis præbuerint ſe ridendos. Ridiculi ſane, qui rem. ſcitu

non modò facilē,ſed etiā neceſſariam, ob id ſolùm quòd eam nullo labore vel ab imperito quolibet addiſci poſſe ſcirēt,diſcere nūquā voluerūt.Nō ſine magno mehercule & iuriſprudētię, & totius reipublicæ detrimento.Inde namque facti audaciores pragmatici,iam alioqui per imperitiam procliuiores quàm par eſſet ad negligenda ea omnia, quæ ad meram verámque iuris ſcientiam pertinēt (ſola,vt quidē arbitror,aſſequendæ eius deſperatione)adeò ſibi placēt miſeri,& blandiuntur, vt quaſi nihil ſcientia conferat ad praxim,illā omnino negligant,hāc vnā ſectētur.Quæ res mirū eſt quātas in tribunalibus lites, ac potiùs tragœdias excitarit.Quemadmodū enim theoria ſine praxi aut nullius aut perexigui certe vſus eſt, ita nihil reipublicæ pernicioſius,quàm ſi per eos qui iura & res forenſes tractant,praxis à theoria ſeiungatur.Nam,quod iam olim Comicus dixit, Homine imperito quid iniuſtius quid ineptius? Aut quid ad inducendos errores accōmodatius,quàm ſi in reddendo iure propriam cuique animi ſententiā pro ratione ſequi,& neſcio quo æquitatis cōmentitiæ obtentu legibus illudere paſſim cōcedatur? Mos enim ſollennis ille eſt iſtiuſmodi hominum, vt ſiue delirēt ſiue recta ſentiant (quod nonnūquā,ſed caſu euenire neceſſe eſt) omnia referāt ad æquitatē,quā pro arbitrio ſibi fingūt, vt magni non iuris tantùm,ſed,quod etiam in iure præcipuum eſt; æquitatis arbitri exiſtimentur.Quòd ſi ad eorum ineptias profligādas Papiniani autoritas,& quod eſt cōſequens, nō mera ſolùm, ſed vera etiam probáque iuris æquiſſimi ratio aliqua obiiciatur, Tū iſti nudis,quod aiunt,ridere dētibus,& ſubtilitates iſtas, aucupia,& apices dicere,vt quia nihil habent,quod commode reſpondere poſſint;honeſte ſaltem conticeſcant. Quorum inſcitiam ſicuti detegere facile,ita negligere expeditum eſſet,ſi non eo maxime hominum genere toto terrarum orbe tribunalium fere omnium ſubſellia vndique redūdarēt:quibus nihil familiarius aut antiquius eſt, quàm vt inueteratos pragmaticorum errores pro certiſſimis legibus obtrudant, à quibus in iudicando & conſulendo recedere putent nō oportere. Id ego etſi ſemper m oleſte tuli,tūc tamen multò moleſtiùs,cùm tuis,mi Domine, imperiis Iuridici maioris dignitate apud Sebuſianos meos honeſtatus,iudicándi munere, quod in eum vſque diem hac vna potiſſimùm ratione recuſaueram, fungi cœpi. Occurrebat enim quotidie,vt vel contra pragmaticorum errores receptiſſimos iudicandum mihi eſſet,vel cum cæteris ineptiendum, & lon-

longè aliter, quàm ratio iuris ferret, pronunciandum: quorum alterum à ſolito iudiciorum more, alterum etiam à dignitate mea certe alienum videbatur. Poſteà verò quàm per trienniũ integrum eo munere vtcumque perfunctum me in ampliſſimi ordinis Patrem cooptatum voluiſti, fuit tantò iucundius videre grauiſſimos viros, nec minùs ingenij & eruditionis, quàm probitaris laude præſtantiſſimos

Nullius addictos iurare in verba magiſtri

eam in iudicando rationem ſequi, quæ à iure ſcripto, Romaniſque legibus minùs abhorreret. Cur enim alienis erroribus inſeruirent ij, quibus tu, Princeps inuictiſſime, ipſius quoque iuris temperandi & corrigendi ius eſſe imperaſti? quique pro ſua prudentia, & grauitate non aliter iudicare debeant, quàm tu ipſe eſſes iudicaturus? Itaque cœpi ex eo fere tempore de tot ineptiis tādē prodēdis perpēdiſque cogitare. Sed ne tamē adeò præclarum opus tam cito adgredi potuerim, fuit illud impedimento, quòd in obſeruandis, colligendiſque in ſingulos dies ſenatuſconſultis priorem operam impendi oportuit, Senatu ipſo vel tacito ita iubente, & ætatem meam iuniorem ſatis firma valetudine ſubnixam ad id muneris obeundum compellante. Is meus erit Codex Sabaudicus, noſtrorum etiam pragmaticorum gratia, vt amicum me non hoſtem eſſe ſciant, breui, vt ſpero, in lucem proditurus. Taceo tot prioribus additos Coniecturarum mearũ libros, ſtylo certe & inſtituto longe diuerſo, ſed in eum præcipue finem comparato, vt & publice prodeſſemus, & ſi quam in docendo iure nominis celebritatem tot labores aſſequi poſſent (quam non vulgarium Iureconſultorum adprobatio polliceri videbatur) ea faceret aliquando, vt contra pragmaticos diſputantibus nobis tantò maior fides adhiberetur. Neque noſtra nos omnino fefellit opinio. Quæ enim obſcurioribus pleriſque iuris noſtri locis aut interpretandis aut emendandis cura per nos adhibita eſt, hoc ſaltem videtur aſſecuta, vt non deſint iam qui putent, Ratione non prorſus carere ſententiam, quæ nos habeat vel autores vel aſſertores. Nec ſane ſi genio & ingenio tantùm noſtro indulgere voluiſſemus, alia vnquam ſcribendi ratio placere nobis potuiſſet. Enim verò cum creſcente magis ac magis pragmaticorum noſtrorum imperitia ſimul & audacia, meus etiam creſceret dolor ex tot erroribus in ſuprema quoque tribunalia non iam per cuniculos vt anteà irrepētibus, ſed, quod indignius

eſt,fere aperta vi irrumpentibus,nõ potui diutiùs cũctari, quin ad has Decades manum admouerem, Tanta equidem animi contentione, & alacritate vt de Chiliade priùs quàm de prima Decade conſcribenda cogitarem. Adeò multa in praxi ſunt, ne dicam innumera,quæ animaduerſione indigent,& reprehẽſione. Quo in ſtudio quinque & viginti Decadibus intra menſes aliquot negligenter fortaſſe magis quàm fœliciter abſolutis, etſi ad Chiliadem animus calamúſque properabat, me tamen publicarum occupationum multitudo remorata eſt, feréque omnem tam longi operis vnquam abſoluendi ſpem abſcidit,ex quo præſertim die Gebennenſium Namurcique Duci Sereniſſ.per te licuit,vt me in Concilij ſui Præſidem ſalua Senatoriæ dignitatis purpura è Senatu euocaret. Quid enim ocii in tanta temporum difficultate, mediiſque tubarum clangoribus reliquum eſſe poſſit ei,qui totus in totã reipublicę curã incumbere debeat,& Magiſtratum agere non Doctorem? Quare dum meliora expecto tempora,quæ ſperare nos ſingularis prudentia,& virtus tua iubet,cogitque, Viſum eſt primam hanc Chiliadis partem præmittere,non ſolùm vt quid de inſtituti mei ratione ſenſuri eſſent ii, quibus prodeſſe volui, explorarem: Verùm etiam vt ſi facere poſſem, ſanè quantum in me eſſet Iliadem illam malorum,quæ non tã ex forenſibus iurgiis,quàm ex iuris ignoratione proficiſcitur,aliqua ſaltem ex parte profligarem Cùm verò patronus quærendus eſſet,qui & laboranti ſuppetias ferre,& nouo operi gratiam, dignitatémque conciliare poſſet,Tu vnus,Princeps inuictiſſime,is eſſe mihi viſus es, quem eo nomine interpellare deberem Nam ſiue me reſpicio, non poſſum tibi hæc non debere,cui me natura primùm, deinde tot beneficiis teſtatą in me ornando liberalitas tua debere omnia voluit,ſiue nouitatem operis intueor,& quæ in præclaris conatibus perpetua nouitatis comes eſt,inuidiã pertimeſco, alius præter te nemo eſt, ex cuius autoritate noſtris laboribus ea poſſit dignitas accedere, quæ inuidorum obtrectationes & calumnias facilè fractura ſit, vt hæc agendo nonnihil egiſſe videamur. Ac ſanè digniſſima res eſt, in quam ſeriò, quod facis,incumbas,vt iuriſprudentiam,quæ iam ferè in ſcholis tot Doctorum quos ætas noſtra elegãtiſſimos tulit, ſingulari ſtudio barbarorum ſpurcitie vindicata eſt, in tribunalibus quoque, id eſt, in hominum & rerum humanarũ luce tandẽ aliquando ſplendeſcere videamus. Quam in rem nihil eſt quod

aut

aut facilius,aut commodius facere poſſis, quàm ſi,vt cœpiſti, ad eas dignitates quæ iudicandi munere funguntur,in ſupremo potiſſimùm iſto tribunali,vbique terrarum, ſi quod vſquam aliud,& eruditionis & integritatis fama celeberrimo, illos euehas,qui veram germanamque iuris ſcientiam adprime profeſſi, longaque rerum forenſium exercitatione exculti ,de ſe præſtare poſſint vt non minùs quid iudicandum, quàm quid iudicari ſolitum ſit,intelligant. Veniet tempus illud ſi benè præſentio, veniet aliquãdo,cùm tot Aduocatos,tot Iudices,viros alioquin graues nec ineruditos pudebit in alienis erroribus tandiu perſtitiſſe, & de clientum ſuorum fortunis omnibus, vita etiam adeóque exiſtimatione tam ſæpe ſub autoritate iuris ſcientię vel æquitatis imprudentèr licèt potiùs quam doloſè, iniuriam pro iure reddidiſſe Ego ſi,quod nõ deſpero, aliquid in eam rem cõtuliſſe videbor, & ad maiora properantibus aut viam aut animum feciſſe,mecum planè fœliciter actum, nec malè vigilias meas collocatas eſſe arbitrabor. Sin conſuetudinis fœdiſſimæ, vſuſque longæui tanta erit autoritas, & vſque adeò ſui valitura momento,vt & rationem ſuperatura ſit & leges, Hoc vno tamen me conſolabor,quòd & Deo primùm Opt. Max. cui ſat eſt bene me voluiſſe,gratiſſimum, ni fallor,obſequium præſtitero,& tibi Princeps Sereniſſime, vt ſperare audeo & debeo, munus non iniucundum,licèt indignum prorſus,quod in tãto bellicarum expeditionum tumultu tibi offeratur, niſi ſic accipies, quaſi ad eam quoque curam pertinens,quam tu omnium maxime etiam inter arma tractare ſoles,id eſt, ad iuſtitiam adminiſtrandam,ſine quâ,vt te ſæpiùs grauiter præclaréque dicentem audire memini(digna certe vox tanto Principe!) nec armis victricibus, nec honeſta pace vnquam beari Princeps quiſquam poſſit.Bene vale, Princeps inuictiſſime, viue,& vince. Dat. Necii 8.Cal.Decembr.1597.

IN OPERIS, ET PATRIS COMMENDATIONEM RENATVS FABER AVTHORIS FILIVS, AD LECTOREM.

Fallere pragmaticos,fallique ſolere ſciebam:
Tot falli, ac toties fallere neſcieram:
Ne fallant poſthac;niſi ſi tibi gloria falli,
Fallere,vel falli neſcius ecce pater:
Si fallunt iſti,quoties non fallitur ille,
Dic mihi ne fallar, Quid benè pragmatici?

ΕἸΣ ΤΟ ΤΟΥ ἘΡΓΟΥ, ΚΑῚ ΤΟΥ ΠΑΤΡΟΣ ΕΥΡΗΜΙΟΝ

Κλαύδιος Φάβρης ᾖσε.

Πρὸς τὸν ἀναγνώστην.

Σφάλλουσι πραγματικοὶ, κ'αὐτοὺς σφάλλεσθαι δέδοικεν
Ἀλλὰ σφαλεῖν τοσαχῶς, ἐκ ἐριδῆσαι ἰδών
Μηδὲ σφάλλοισ' ἔνθεν, πολλοὶ εἰσφάλλουσι φιλεῖν δεῖ
Σφάλλουσι, σφάλλεσθ' ἢ, ἐπὶ πατὴρ ἀδαής·
Εἰσφάλλοισ' ἔτι, μήτοι μὴ σφάλλεται αὐτὶς
Μοὶ λέγε, μὴ σπευσθῇ, ἔσ τινα πραγματικοί;

FRANCISCVS FABER ANT. FRATER.

Pragmaticos olim variis erroribus actos,
In portu reduces dum cupis eſſe Faber
Pragmaticos video variis erroribus ictos
Spernere quam referas arte docente viam:
Pragmaticos etenim variis erroribus aptos
Credere quis poterit ſubdere velle manus?
Vellem pragmaticos iſtis erroribus arctos
Haud aliis poſthac poſſe nocere locis.

INDEX

Digitized by Google

INDEX CAPITVM SEV ERRORVM.

Prior numerus Errorem,poſterior verò paginam huius editionis demonſtrat.

DECADIS. I.

De tacita hypotheca ex chirographo agnito vel denegato. Er. I. paga

De vſuris chirographarijs. II. 7

De hypotheca per chirographum expreſſim conſtituta. III. 11

De offerendi iure quod poſteriori creditori competit aduerſus creditorem. IIII. 13

De pignoris venditione facta per creditorem iure debitoris. V. 17

De iterata pignoris venditione. VI. 19

De Dolo in re ipſa & dolo ex propoſito; VII. 23

Si in venditione pignoris per creditorem facta iure creditoris enormiſſima, vt vocant, læſio interuenerit. VIII. 27

De iure pignoris etiam ob chirographariam pecuniam retinendi. IX. 30

Si creditor de pignoris euictione conueniatur. X. 31

DECADIS II.

De Pecunia penes eum depoſita, qui heredem reliquit cum beneficio legis & inuentarij. I. 34

De Separatione ex edicto prætoris impetranda. II. 36

De Curatore dando hereditati tanquam iacenti, quæ agnita eſt cum beneficio legis & inuentarij. III. 39

De Iurium ſingularium & vniuerſalium confuſione quæ fit per aditionem hereditatis. IIII. 42

De Herede qui dolo malo verſatus eſt in hereditate, cuius inuentarium fecit. V. 45

De Herede qui res hereditarias contrectauit ante imploratum beneficium inuentarij. VI. 49

De beneficio inuentarij per eum agnito, qui nondum certus eſt ex quo iure ſibi deferatur hereditas. VII. 53

De Rebus hereditariis, cùm inuentarium ſolenne ab herede fit, æſtimandis. VIII. 55

Si is qui conuentus à creditore, confeſſus eſt ſe heredem cum beneficio legis & inuentarij, non exhibeat inuentarium. IX. 58

Si ex confeſſione hereditatis aditæ vni ex creditoribus facta, alij creditores agant X. 60.

DECADIS III.

De ſuo herede qui nec immiſcuit ſe, neque abſtinuit. I. 64

Si ſeruus heres ſe abſtinuerit, & curator paternæ hereditati tanquam iacenti detur. II. 68

De curatore iacenti hereditati dando, cùm nullus heres eſt ſiue aliquis ſperetur, ſiue non. III. 69

De herede ſiue ſuo ſiue extraneo qui reſpondit ſe heredem non eſſe. IIII. 71

De ſuo herede qui poſteaquam ſe tutore authore immiſcuit vult abſtinere. V. 72

De differentia ſui heredis & extranei in agnoſcenda hereditate. VI. 73

De eo qui agit tanquam heres cum beneficio legis & inuentarij nec inuentarium

exhibet.VII. 73
De ſucceſſori; edicti poteſtate à bonorum poſſeſsionibus ad hereditates tranſ[l]ata. VIII. 77
De præſcriptione temporis aduerſus eum oppoſita, qui non potuit agere.IX. 82
De confirmando tutore vel curatore. X. 83

DECADIS IV.

De creditore fiduciarum .& vt loquũtur prouiſionalẽ adiudicationem vrgente in generalis bonorum diſcuſſionis inſtantia.I. 84
De eo qui propriam poſſeſſionem auocat ex cauſa conſtituti. II. 86
De exceptione non facta excuſſionis oppoſita aduerſus hypothecarium creditorem agentem ad poſſeſſionem ex clauſula conſtituti.III. 89
De creditore qui poſt intentatam hypothecariam, implorat beneficiũ clauſulæ conſtituti.& l.vlt.C.de acq.poſſeſſ.IIII. 91
Si poſſeſſio per clauſulam conſtituti quæſita amiſſa ſit ſine facto conſtituentis.V. 93
De formula ſententiæ ferendæ pro creditore hypothecario poſſeſſionem propriam auocante ex clauſula conſtituti & beneficio legis vlt.C.de acquir.poſſ. VI. 94
De creditore auocante propriam poſſeſſionem, implorato beneficio clauſulæ conſtituti, non etiam legis.vlt.C.de acquir.poſſ.VII. 98
De acquirenda per conſtitutum poſſeſſione futurorum bonorum.VIII. ibid.
de precaria poſſeſſione.IX. 101
Si poſſeſſio per conſtitutum & precarium ſimul translata ſit.X. 102

DECADIS V.

De credditore hypothecario poſſeſſionem propriam auocante ex clauſula conſtituti, pendente inſtantia diſcuſſionis bonorum.I. 104
De eo qui ad propriam poſſeſſionem tuendam implorat beneficiũ legis vlt. Cod. de adquir.poſſeſſ.etiam contra heredem debitoris. II. 108
Si creditor pignoris poſſeſſionem nactus pendente diſcuſſionis inſtantia vẽdere pignus velit.III. 110
De ſtatutaria rerum hereditariarum poſſeſſione quæ à defuncto in heredem continuatur.IIII. 112
De hereditariarum rerum poſſeſſione, ex qua hereditatis aditio inducitur.V. 113
De clauſulis quæ adhiberi ſolent ad impediendam excuſſionis non factæ exceptionem.VI. 115
De iuribus & nominibus excutiendis.VII. 117
De excuſſione debitoris vſque ad peram & ſacculum, vt aiunt, facienda.VIII. 119
De excuſſione pignorum poſtremo loco alienatorum. IX. 121
Si debitoris debitor à creditore hypothecario conuenіatur. X. 126

DECADIS VI

De iure & ordine creditorum tacitam duntaxat hypothecam habentium & quid ſi habeant etiam expreſſam I. 128
De muliere habente expreſſam & ſpecialem hypothecam pro dote.II. 130
De hypotheca ſpecialis excuſſione.III. 133
De poteſtate generalis hypothecæ ijs caſibus quibus ſpecialis neceſſaria eſſe creditur.IIII. 135
De locatore rem conductam vindicante à conductore.V. 138
De venditis fructibus fundi iam locati.VI. 140
De tutela impuberis auum paternum & matrem habentis.VII. 144
De curatore ei dando qui in patris au aui paterni eſt poteſtate.VIII. 145
De minore curatorem habente.IX. 147

Vbi conueniri debeat is qui ex cauſa euictionis vel mãdati author laudatur. x. 148

DECADIS VII.

De reſcindentis & reſciſſorij iudicij cumulatione. I. 149
De tertio poſſeſſore rei à minore alienatæ & per in integrũ reſtitutionẽ petita II. 152
De in integrum reſtitutione maioris aduerſus tertium poſſeſſorem ex cauſa immodicæ læſionis. III. 155
Si is qui à minore emit aut à maiore læſo vltra dimidiam iuſti pretij petente reſtitutionem abſens ſit, aut contumax, aut ſine hærede deceſſerit. IIII. 158
Vbi cauſſa in integrum reſtitutionis agitari debeat. V. 161
De condemnatione fructuum in iudicio reſtitutionis in integrum. VI. 163
De fructibus ei adiudicandis qui reſtituitur, ex cauſa immodicæ læſionis. VII. 166
Si venditor qui vltra dimidiam iuſti pretij læſus eſt, renunciauerit beneficio leg. 2. Cod. de Reſcind. vend. VIII. 171
De minore qui petita propter ætatem reſtitutione, nec probata ætate probauit immodicam læſionem. IX. 174
De cumulatione condictionis ex Can. Redintegranda. 3 q. 1. *cum condictione ex* l. 2. Cod. de reſcind. vend. X. 177

DECADIS VIII.

De diuiſione in qua læſio interuenit. I. 180
Si diuiſio inter maiores per electionẽ aut ſorte facta ſit & læſio interuenerit. II. 187
De ſuppletione facienda per eum ex condiuiſoribus contra quem impetrata eſt reſtitutio ex cauſa immodicæ læſionis. III. 190
Si quid ex bonis diuiſis alienauerit is qui diuiſionem reſcindi vult ex cauſſa immodicæ læſionis. IIII. 192
De differentia venditionis & diuiſionis in probanda læſione. V 194
De læſione quæ in dotalibus rebus æſtimandis interuenit. VI. 196
De emptore qui immodicè læſus eſt. VII. 200
Si locator immodicè læſus ſit. VIII. 203
Si in permutatione læſio immodica ex alterutra parte interuenerit. IX. 206
Si aduerſus tranſactionem ex cauſa immodicæ læſionis reſtitutio petatur. X 208

DECADIS IX.

De bona fide quæ in contractibus omnibus exigitur. I. 212
De exceptionibus & replicationibus doli quæ bonæ fidei iudicium facere, aut bonæ fidei iudiciis in eſſe creduntur. II. 214
De actione de dolo quæ bonæ fidei iudiciis ineſſe dicitur. III. 215
De fideiuſſore qui pignora debitoris emit à creditore. IIII. 218
De antichreſi tacita & fructibus pignoris in ſortem imputandis. V. 201
De differentia pignoris & Hypothecæ in tacita antichreſi conſtituenda. VI. 224
Si cõuenerit vt pignus in antichreſim datũ diſtrahi à creditore nũquã poſſit. VII. 228
De iure dominij pignoris impetrando. VIII. 230
De venditione facta ſub pacto de retrouendendo. IX. 231
De æſtimatione pacti quod in venditionibus apponi ſolet de retrouendendo. X. 234

DECADIS X.

De legitimo vſurarum modo. I. 237
De diuiſione fructuum inter emptorem & venditorem ſecuta ex pacto retrouenditione. II. 240
De diuidendis inter emptorẽ & venditorẽ fructibus pignorũ redemptorum. III. 243
Cuius temporis ratio habeatur in adiudicandis laudimiis ex pignorum venditione debitis. IIII. 246

De interpoſitione Decreti quæ fit ante quam ſemeſtre præterierit. V. 249
De primo & ſecundo decreto. VI. 251.
De ſubhaſtationibus quæ decreto interpoſito confirmata ſunt reſcindendis. VII. 255
De perpetuando iure luendi pignoris ex cauſa enormiſſimæ læſionis. VIII. 257
De fructibus pignoris in cuius venditione enormiſſima læſio interuenit. IX. 259
De pignore X. 262

DECADIS XI.

De differentia iudiciorum bonæ fidei & stricti iuris quod ad fructus & vſuras pertinet. I. 264
De fructibus & vſuris legatorum & fideicommiſſorum ſingularium. II. 268
De fructibus ex fideicommiſſoria hereditatis reſtitutione adiudicandis. III. 271
De fructibus hereditatis fideicommiſſariæ in Trebellianica computandis. IIII. 274
De iure liberorum primi gradus, vt fructus à ſe perceptos in Trebellianicam imputare non cogantur. V. 275.
De alio liberorum primi gradus priuilegio, vt Trebellianica deducenda prohibitionem pati non cogantur. VI. 277
De duplici falcidia detractione. VII. 281
De prohibita heredibus primi gradus quarta Trebellianica deductione. VIII 288
De legitima & Trebellianica computatione. IX. 289
De Onere legatorum poſt reſtitutam ex fideicommiſſo hereditatem. X. 291

DECADIS XII.

De fructibus legitimæ. I. 296
De dote quam pater nubenti filiæ pro legitima dedit. II. 299
De filia quæ paternæ ſucceſſioni adeóq; legitimæ cũ iureiurãdo renũtiauit. III. 300
De pacto de non ſuccedendo. IIII. 302.
De filia quæ paternæ ſucceſſioni generaliter, non etiam legitimæ ſpecialiter renuntiauit. V. 306
De caſibus in quibus l.gitima ei deberi creditur, qui ab inteſtati ſucceſſione per legem aut conſuetudinem excluſus eſt. VI. 310
De filia quæ dotem aut quid aliud accepit pro omni iure legitimæ. VII. 312
De filia quæ paternæ ſucceſſioni & petitioni legitimæ renũtiauit, an partem faciat in legitima computatione. VIII. 314
De portione filiæ quæ renuntiauit an accreſcat b·red. an hæreditati. IX. 318
De Trebellianica deducẽda ex portione legitimæ, quæ per filiæ renuntiationem adcreuit hæreditati. X. 319

DECADIS XIII.

De præteritione filiæ quæ per renuntiationem excluſa eſt à l.gitima. I. 321
Si filia quæ accepta dote renuntiauit futuræ patris ſucceſſioni, in ea dote inſtituta ſit. II. 326
De Teſtamento quod per præteritionem multum eſt, ex æquitae prætoria defendendo. III. 329
De filia quæ accepta dote congrua petit ſupplementum legitimæ patre mortuo ex bonis poſteà quæſitis. IIII. 332
Si iurata ſit renuntiatio filiæ, quæ ſupplementum legitimæ petit ex bonis poſteà quæſitis. V. 337
De læſione quæ locum facere poſſit reſtitutioni aduerſus iuratam pactionem de non ſuccedendo. VI. 342
De filia quæ nulla dote accepta renũtiauit paternæ ſucceſſioni cũ iureiurãdo. VII. 347
De filia quæ minor accepta dote renuntiauit paternæ ſucceſſioni & læſa per decen-

nium tacuit.v III. 349
De renũtiatione iurata fauore maſculorũ aut certa alterius perſona facta.IX. 351
Si ſoror cum fratre pactum fecerit de non ſuccedendo patri praeſenti & conſentiẽti, poſteáque pater voluntatem mutauerit.X. 354

DECADIS XIV.

De pacto dotali quo pater iuratus promittit ſe filium aut filiã ex aequa parte heredem habiturum I. 356
Si futura matris aut fratris abs ẽtis ſucceſſioni renũtiauerit fil:a patre ſtipulate II. 358.
Si paternis tantùm bonis renũtiatum ſit non etiam fraternis, & patri frater heres extiterit, aut pater ad ſecunda vota conuolauerit. III. 363
Si filia quae patri cum iureiurando renuntiauit ab eo inſtituta ſit in aliquo pro legitima portione. IIII. 365
De differentiis legitimae portionis quae deſcendentibus & eius quae aſcendentibus debetur.V. 367
De legitima tam aſcendentibus quàm deſcendentibus inſtitutionis titulo relinquenda.VI. 371
De querela inofficioſi teſtamenti hodie ſublata.VII. 376
De actione quae ad ſupplementũ legitimae portionis datur, ei cui minus relictũ eſt. VIII. 378
Si is cui minus legitima datum eſt, cum onere nihil amplius petendi relictum agnouerit.IX. 382
De ſupplemento legitimae in pecunia petendo, cùm iam aliquid viuo patre pro legitima in pecunia acceptum eſt. X. 384

DECADIS XV.

Si certa pecuniae quãtitas in diẽ certũ ſoluẽda teſtamẽto data ſit pro legitima.I. 389
Si eam corporum aut pecuniae quantitatem, quae pro legitima relicta eſt, repudiauerit legitimarius, maluitque legitimam habere in corporibus bonorum. II. 393.
De legitima ſtatuto in totum tollenda vel minuenda.III. 395.
De legitima matris, ſuperſtitibus fratribus extraneo herede inſtituto.IIII. 397
De iure adcreſcendi quod heredi ex certa re inſtituto accommodatur.V. 402
De inſtituto ex re certa poſſeſſionem eius rei occupante propria authoritate.VI. 405
Si teſtator ius adcreſcendi ei prohibuerit, quem ſolum ex certa re ſcripſit heredem nullo adſcripto coherede.VII. 408
De heredum inſtitutione, quam particularem vocant, & de ea quae ſit partibus diſtributis.VIII. 416
De eo qui trientem hereditatis petit pro legitima portione oblata aeris alieni indemnitate pro ea parte.IX. 418
De eo qui heres ſimpliciter aut ex aliqua aſſis parte ſcriptus, & certis rebus pro ſua inſtitutione contentus eſſe iuſſus eſt.X. 420

DECADIS XVI.

De ineunda aeſtimatione rei debitae ex iudicio bonae fidei aut ſtricto. I. 424
De natura iudiciorum bonae fidei cùm agitur de re debita. II. 427
De natura iudiciorum ſtricti iuris in re debita aeſtimanda. III. 430
De aeſtimanda re in diem certum debita. IIII. 433
De ineunda aeſtimatione rei venditae ſub conditione.V. 436
De aeſtimanda re contra fideiuſſorem eius qui certa die dari debuit. VI. 439
De differẽtiis Mercis & Speciei debitae, cũ de aeſtimatione ineũda tractatur.VII. 441
Si ſpecies debita vilior, nec tamen deterior facta ſit. VIII. 444

De condictione triticaria. IX. 446
De rei debita æſtimatione aucta poſt condemnationem. X. 448

DECADIS XVII.

De æſtimatione quanti plurimi. I. 452
De æſtimatione quanti plurimi in condictione furtiua. II. 454
De æſtimatione rerum amotarum. III. 457
De acceſſionibus & vſuris æſtimationis quanti plurimi. IIII. 460
De iureiurando in litem cum agitur condictione furtiua. V. 462
De differentia iudiciorum bonæ fidei & ſtricti iuris in re debita per iuſiurandum in litem æſtimanda. VI. 464
De iureiurando in litem in actione ex empto. VII. 469
De iureiurando quod interpretes & pragmatici appellant veritatis. VIII. 470
De in litem iurando pro nummis ſua die non ſolutis. IX. 473
De delatione iuriſiurandi, quod appellant veritatis in iudicio bonæ fidei. X. 477

DECADIS XVIII.

De in litem iurando in actione hypothecaria. I. 479
Si creditoris hypothecariam exercentis interſit pluris quàm debeatur. II. 481
De formula inſtituendæ actionis hypothecariæ. III. 483
De arbitrariis actionibus. IIII. 486
De actionibus arbitrariis hodie ſublatis. V. 489
De in litem iurando in actionibus de dolo & quod metus cauſa. VI. 491
De in litem iurando in interdictis. VII. 495
De iureiurando Zenoniano. VIII. 498
De iureiurando in litẽ à iudice ante vel poſteà quàm præſtitũ eſt, taxando. IX. 500
De re poſt moram perempta quæ penes actorem fuit æquè peritura. X. 503

DECADIS XIX.

De iureiurando, vt vocant, ſuppletiuo. I. 505
De iureiurãdo Iuſtinianeo ad l. Generaliter 12. C. de reb. credit. & Iureiur. II. 508
De differẽtia iuriſiurandi Iuſtinianei & vulgaris, quod ſuppletiuum vocãt. III. 512
De caſibus in quibus Iuſtinianeum Iuſiurandum deferri poteſt. IIII. 515
De lite poſt iuſiurandum præſtitum ex nouis inſtrumentis retractanda. V. 517
De ſumptibus litis iureiurando iudiciali deciſa. VI. 523
De ſumptibus litis per iuſiurandum, vt vocant ſuppletiuum, deciſa. VII. 524
De iuriſiurandi delati ratione. VIII. 526
De iureiurando iudiciali per eum delato, qui à probanda intentione ſua iam excluſus ſit. IX. 528
De iureiurando delato quod habetur pro præſtito aut pro relato. X. 530

DECADIS XX.

De anatociſmo & vſuris fructuum ac ſumptuum litis. I. 532
De alienatione fideicommiſſi ab aſcendente relicti ex cauſa dotis aut ante nuptias donationis, aut legitimæ portionis. II. 534
De Fideicommiſſo tranſuerſali relicto ſub conditione Si ſine liberis. III. 537
De conſeruandis legatis & fideicommiſſis ex teſtamento quod nullum & iniuſtum eſt ratione præteritionis paternæ. IIII. 539
De Teſtamento per clauſulam codicillarem defendendo, & de clauſula, omni meliori modo. V. 541
De clauſula codicillari concepta per verba præſentis temporis. VI. 543
De poſthumo ignoranter præterito à patre qui codicillarem clauſulam adſcripſit. VII. 545

De iure

De Iure adcreſcendi per clauſulam codicillarem in vim fideicommiſſi defendendo, cum poſthumus aut alius ex ſuis heredibus cuiuſcunque gradus præteritus fuit VIII. 549
De diſtinctione filij ſcienter aut ignoranter præteriti cum agitur de legatis & fideicommiſſis ex teſtamento & ultani lege conſeruandis. IX. 551
De coniectura illa pietatis, de qua in l. ... aut s 102. D. de condic. & demõſt. x. 556

DECADIS XXI.

De pacto legis commiſſoriæ in pignoribus. Er. I pag. 558
De lege commiſſoria in pignore ex interuallo adiecta. II. 562
De lege commiſſoria in pignore adiecta ad dationem in ſolutum incundam. III. 567
De lege commiſſoria concepta per clauſulam, Ex nunc prout ex tunc, & contrà, in pignore IIII. 568
Si in utilitatem tertij pactum, quod vocant legis commiſſoriæ, in pignore factum ſit v. 571
De lege commiſſoria in venditionibus. VI. 573
Si lex commiſſoria in pignore interuenerit per tranſactionem. VII. 575
De iurato pacto legis commiſſoriæ in pignoribus. VIII. 578
De duobus pariter eandem rem pignori accipientibus. IX. 581
De hyperocha, quam vulgò plurifualentiam appellant. X. 588

DECADIS XXII.

De differentia addictionis in diem, & venditionis factæ ſub pacto de retrouendendo. I. 590
De venditione facta ſub eo pacto vt ſi intra certum diem pretium à venditore ſit redditum, fundus inemptus fiat. II. 594
De poteſtate obſignationis factæ ex cauſa pacti de retrouendendo. III. 598
De vi, & poteſtate actionis, quæ competit ex pacto de retrouendendo. IIII. 602
De nudæ obligationis, & obſignationis poteſtate. V. 605
Si venditor agens ex pacto de retrouendendo pecuniam duntaxat obtulerit, nec obſignauerit. VI. 609
De irreuocabili acquiſitione rei venditæ ſub pacto de retrouendendo. VII. 614
Si is qui emit ſub pacto de retrouendendo deceſſerit ante retrouenditionem relicto herede cum beneficio legis & inuentarij. VIII. 617
De ſpecie & ſententia l. ſi cum venderet 13. D. de pignor. action. IX. 620
De actione ex pacto de retrouendendo contra tertium poſſeſſorem. X. 625

DECADIS XXIII.

De facta per emptorem oppignoratione rei venditæ ſub pacto de retrouendendo. I 627
De facta per emptorem oppignoratione fundi, in cuius venditione læſio immodica & enormis interuenit. II. 634
De ſpecie & ſententia l. ſi in emptionem 35. D. de minor. III. 642
De facta per donatarium oppignoratione rei donatæ, ſi poſt oppignorationem donatio ex cauſa ingratitudinis reuocata ſit. IIII. 643
De ſeruitute per emptorem acquiſita fundo quem emerat ſub pacto de retrouendendo V. 646
De vitio litigioſi ob motam litem ex pacto de retrouendendo. VI. 650
Si pactum de retrouendendo adhibitum ſit ex interuallo ſiue nudum, ſiue adiuncta ſtipulatione. VII. 652

Digitized by Google

De eo, qui promiſit facere pactum de retrouendendo, nec fecit. VIII. 655
De emptore qui ad retrouendendum obligatus rem ipſam reſtituit venditori & retrotradidit, nec tamen retrouendidit, aut contrà. IX. 659
De vſufructu ei debito qui proprietatem emptam ſub pacto de retrouendendo poſtea retrouendidit. X. 662

DECADIS XXIIII.

De hypotheca rei vendita ſub pacto de retrouendendo, ex ſolo pacto inducenda I. 665
De expreſſa obligatione rei vẽdita ſub pacto de retrouendendo, ne in alium quàm venditorem alienari poßit. II. 668
De locatione per eum, qui emit ſub pacto de retrouendendo. III. 671
De fundi dotalis locatione à marito facta. IIII. 673
De facta per vaſſallum aut emphyteutam locatione eius rei qua ad dominium redeat. V. 678
De locatione facta per prælatum eccleſiæ, aut per heredem rogatum de reſtituenda hereditate. VI. 681
De retentione rei locatæ, quæ fuit obligata conductori. VII. 684
Si locator qui rem locatam obligauit conductori aut in longum tempus locauit, expellere conductorem iuſtis de cauſis velit. VIII. 687
Si ſingularis ſucceſſor ex iuſta cauſa expellere velit conductorem, cui res ipſa locata fuit obligata. IX. 690
De eadem re pluribus ſeparatim locata, vel vendita, vel obligata. X. 692

DECADIS XXV.

De prorogando per ſupremum Principem tempore, intra quod ex conuentione retrouendi debuit. I. 699
De ſententia & lectione l. ſi à te 7. C. de pact. inter empt. & vendit. II. 708
De lectione & ſententia l. quoties 2. C. de prec. Imper. offer. III. 715
De prorogando per tutorem aut curatorem, aut procuratorem tempore conditionis ſub qua emptor promiſit retrouenditionem. IIII. 622
De in integrum reſtitutione pupillo vel minori concedenda aduerſus lapſum temporis conuentionalis. V. 729
De ſententia §. illud. l. ſi creditor 7. D. de diſtr. pign. & de lectione l. Æmilius 33. D. de minor. VI. 738
Si pupillus reſtitui poſtulans tanquam maior ex capite ignorantiæ agat, non conueniatur, & habuerit tutorem aut protutorem. VII. 742
Si de reſcripto Principis prorogetur venditori conditionis implendæ tempus ad petendam retrouenditionem quod iam ſemel ab emptore fuerat prorogatum, & de vario petendæ prorogationis prætextu. VIII. 749
Si tutoribus pupilli ius redimendi habentis denuntiatum ſit ab emptore, intra tempora petendæ retrouenditionis. IX. 760
De pupillo, vel minore, cui tanquam tutoris aut curatoris procuratori ſolutum eſt pretium rei immobilis, quam tutor vel curator vendiderat, aut retrouendiderat, ſine decreto. X. 765

INDICIS ERRORVM FINIS.

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI, ET IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII,

***

CHILIADIS DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS,

PARS PRIMA.

DECAS PRIMA.

ERROR PRIMVS.

De tacita hypotheca ex chirographo agnito, vel denegato.

SVMMARIA.

1 *Debitoris bona omnia tacito pignoris iure creditori eſſe obligata, licèt de pignore nõ conuenerit, vulgaris error eſt.*

2 *Vnde d. error ab eius patronis probetur.*

3 *Bona debitoris citra expreſſam conuentionem obligata creditori regulariter non eſſe, & num. 16.*

4 *Inter creditores chirographarios & hypothecarios differentia elegans.*

5 *Ex eo quòd vulgaris eſt cõuentio de pignore non debet inferri eam ſubintelligendam eſſe cùm eſt omiſſa.*

6 *Clauſula conſtituti vbi omiſſa eſt pro adiecta non habetur.*

7 *Clauſula per quam renuntiare fideiuſſores & correi ſolent exceptioni ordinis & diuiſionis exprimi debet vt creditori proſit.*

8 *Clauſula codicillaris ex eo quod ſit frequentiſſima non habetur pro adiecta quando omiſſa eſt.*

9 *Ex eo quòd clauſulæ quædam vulgò adijci ſoleant, ex notariorum ſtylo potius quàm ex dictantium voluntate adiectæ videri non debent.*

10 *In vltimis voluntatibus interpretandis regulare eſt, vt plus dictum, minùs ſcriptum non exiſtimetur.*

11 *Adeoque in contractibus, in quibus perpetuum eſt illud, Propoſitum in mente retentum nihil operatur.*

12 *Ex eo quod Iuſtinianus conſtituit, obligatis generaliter bonis omnibus, etiam futura comprehendi, non poteſt inferri, nulla pignoris obligatione expreſſa, tacitam ſubintelligendam eſſe.*

13 *Supplere quod facti eſt, iudex nunquam debet.*
14 *Intereſt debitoris vt non expreſſa pignoris obligatio pro expreſſa non habeatur.*
15 *Adeoque creditorum poſteriorum.*
17 *Ex chirographo agnito & recognito contrahitur tacita hypotheca, ex pragmaticorum ſententia.*
18 *Quam malè fulciunt verbis Senatus Allobrogici*, à die recogniti chirographi hypotheca currat & locum habeat.
19 *Quis ſit genuinus dd. Senatus verborum ſenſus. & num. 37.*
20 *Nullo conuento pignore, ſolam chirographi agnitionem ad inducendam tacitam hypothecam non ſufficere.*
21 *Litis conteſtatio facit quidem, vt quaſi contrahi videatur, non tamen vt tacitum pignus inducatur.*
22 *Ex eo quòd creditor chirographarius erga debitorem fuit indulgentior ab eo cautionem pignoris non exigendo non debet videri fauorabilior.*
23 *Iura vigilantibus ſubueniunt, non dormientibus.*
24 *Simplex debiti confeſſio aut inficiatio apud pragmaticos tacitam hypothecam non inducit.*
25 *In pleriſque cauſis ſua mendacio pœna conſtituta eſt.*
26 *Inficiatio nonnunquam facit vt obligatio creſcat.*
27 *Inficiatio non eſt modus contrahendæ obligationis.*
28 *Nec agnitio chirographi, aut confeſſio debiti.*
29 *Condemnatio quando faciat vt condemnati bona obligata intelligantur.*
30 *Cauſſa nulla eſt cur creditor chirographarius tacitæ hypothecæ priuilegio dignus videri debeat.*
31 *Tacita hypotheca cur inducta.*
32 *Et quo iure.*
33 *Moribus receptum eſt vt quæcunque in prædium vrbanum conductor intulit, ſint tacitè obligata pro penſione.*
34 *Sicut & fructus prædiorum ruſticorum.*
35 *Vtriuſque tacitæ conuentionis ratio.*
36 *Fructus nondum percepti in dominio locatoris eſſe intelliguntur: & ſecus eſt de perceptis.*
38 *Quo ſenſu dicamus lite conteſtata vſuras currere.*

DIGNVS meo iudicio hic error eſt, qui primũ in prima decade locum obtineat. Vix enim alius vllus occurrrit aut crebrior in foreñſibus diſceptationibus, aut à recta iuris ratione alienior. Vidi ergo ex pragmaticis pleroſque, nec vltimi inter cæteros nominis, tam parum in iure verſatos, vt non dubitarent adfirmare, debitorum † omniũ bona omnia tacito pignoris iure creditoribus hoc ipſo eſſe obligata, licet de pignore nullo modo conuenerit. Secuti *Cepollam in l. quòd ſi nolit 31. §. quia aſſidua. de ædilit. edict. & Boer. quæſt. 182. nu. 54.* Cuius ſententiæ rationem (adeò nihil eſt tam ſtultum & abſurdũ, quod non ratione aliqua
2 probabile fieri poſſe exiſtimetur) illam † adferre ſolent, quòd vulgaris ſit cõuentio iſta pignoris, & in omnibus ferè inſtrumentis & cautionibus apponi ſolita, non modò ex voluntate contrahentium, ſed etiam ex ſtilo & conſuetudine notariorũ. *l. & quæ nõdũ 15. §. quod dicitur.* D. *de pig.* Quaſi ex eo inferri poſſit, ſi quando ſit omiſſa, per errorẽ id potiùs quàm conſultò factũ, & plus dictũ minùs ſcriptũ intelligi debere, *l. errore. vbi Bald. Caſtr. & Iaſ.* C. *de teſt.* Quid enim, inquiunt, refert debitoris, an bona eius obligata ſint, cùm ſit ipſe obligatus? Sed tamen error hic iampridem à tribunalibus omnibus non minùs quam à ſcholis exploſus eſt. Nam ſi quid in toto iure certum, illud ſanè
3 certiſſimũ eſt bona † debitoris citra expreſſã cõuentionẽ obligata creditori non eſſe extra eas cauſſas in quibus placuit contrahi tacitè pignus vel hypothecam, *Tot. tit. In quib. cauſſ. pign. vel hypoth. tacit. contrahit. D. & C.* Quorſum enim

Digitized by Google

enim quærendum eſſet in quibus cauſſis id fieret,ſi in omnibus & paſſim admitteretur? In eámque rem expreſſa eſt Iuſtiniani conſtitutio *Nouell. 136.de argentar.contract.inſuper.*Inde etiam tituli illi *De reb.autor.iudic.poſſid.vel venund. De priuil.credit.de ſepar. Quib.ex cauſſ.in poſſeſſ.eat.* qui cùm ad chirographarios duntaxat,non etiam ad pignoratitios & hypothecarios creditores pertineant,nullius omnino eſſent vſus aut vtilitatis,ſi quiſquis chirographarius creditor eſt,pignoratitius quoque cenſeretur.Nam ad pignoratitios
pertinet *Tit. Qui potior.in pignor.habeant.*eáque inter hos † & illos differen- 4
tia eſt elegans & explorata,quòd chirographariorum priuilegia non ex tẽpore æſtimantur,ſed ex cauſſa.*l.priuilegia 42.De reb.autor.iudic.poſſid.* pignoratitiorum autem è cõtrario ex ſolo tẽpore,non ex cauſſa.*l.1.& paſſ. qui potior. in pign.hab.C.& D.*Nec quòd vulgaris † ſit conuentio hæc de pignore,facere 5
debet vt ſubintelligatur cùm eſt omiſſa,quandoquidẽ nõ iuris eſt,ſed meri facti,quod ſuppleri nunquã poteſt.*l.1.C.vt quæ deſunt aduocat.par.* Alioqui eadẽ
ratione inferas clauſulam † conſtituti,quòd in cõtractibus præſertim pigno- 6
ratitiis adiici ſoleat, pro adiecta ſemper habendã eſſe,quod tamẽ falſiſſimum
eſſe nec pragmatici ipſi diffitentur. Itẽ clauſulam † illam per quã renuntiare 7
fideiuſſores,& correi debendi ſolent exceptioni ordinis,& diuiſionis,perinde prodeſſe creditori cùm omiſſa atq; cùm expreſſa eſt contra quàm ſcriptum ſit in *Nouell.4.de fideiuſſ.& Nouell.99.de duobus reis.*vbi expreſſam & ſpecialẽ renuntiationem Iuſtinianus requirit.Denique ne longiores ſimus in conquirendis & reſcindendis aliis clauſulis,quæ licèt vulgares ſint,exprimi tamen & ſolẽt & debent,ſi ſufficeret adiici ſolitã eſſe clauſulam vt pro adiecta habe-
retur,conſequens fieret clauſulam † codicillarem non tantùm in teſtamentis 8
inter liberos aut ad pias cauſſas,quod vulgo creditum eſt, ſed in cæteris etiam omnibus ſubintelligi oportere,cùm ſit omnium frequentiſſima,nec dubitandum videatur quin teſtantium omnium eadem ſit mens & voluntas,quę illius Lucij Titij,de quo in *l.Lucius 88.§.vlt.de legat.2.* Quæ tamen ſententia etſi placuit viro doctiſſimo *Iacobo Cuiacio*,diſplicuit ſanè prudentibus *l.1.l.illud enim 13.§.tractari.D.de iur.codicil.l.generaliter.24. §. ex teſtamento.D. de fideic.libert.*iunct.*l.3.D.de teſtam.milit.*& ipſi etiam Iuſtiniano in *l.vlt.C. de iur.codicill.*vt ſcripſimus *lib.15.Coniect.cap.17.*Quod enim huiuſmodi clauſulæ
† pleræque vulgo adiici ſolent,facere non debet,vt ex notariorum ſtilo po- 9
tiùs quàm ex dictantium voluntate adiectæ videantur,nec facilè capienda eſt ea interpretatio vt plus dictum,minùs ſcriptum exiſtimetur , ne quidem in
vltimis † voluntatibus extra caſum illum ſingularem quem Papinianus tra- 10
ctat in *l.cùm auus 102.de condic.& demonſtr.*& nos explicauimus *lib.7.Coniect. cap.14.* Si non ex verbis ipſis teſtamenti poſſit concipi id quod ſuppletur.*l. Gallus 29.§.1.de liber.& poſthum.*In contractibus † verò multo minùs,in qui- 11
bus vtiq; perpetuum eſt tritum illud noſtrorum ſermone brocardicum, *Propoſitum in mente retentum nihil operari.*Neque ſimile eſt quod Iuſtinianus cõ-
ſtituit in *l.vlt.C.quæ res pignor.oblig.poſſ.*vt obligatis generaliter bonis omni- 12
bus etiàm futura comprehendantur,etſi enim ea potiſſimùm ratione motus eſt ad ita conſtituendum,quòd frequentiſſima eſſet illa conuentio obligandorum bonorum omnium quæ debitor haberet,habiturúſque eſſet. *l. obligatione 6.d.l.& quæ nondum 15 §.quod dicitur.D.de pignor.*faciliùs tamen illud induci potuit per interpretationem obligationis generalis,quàm quod iſti vo-

lunt,nulla expreſſa obligatione idem iuris eſſe.Generales enim conuentiones facilè admittũt interpretationem ex eo quod veriſimile eſt actum fuiſſe inter contrahentes,id autem veriſimile eſt actum eſſe quod vt plurimum agi conſuetum eſt. Quare nec generali obligatione illa bonorum omnium præſentium,& futurorũ continentur ea, quę veriſimile eſt non fuiſſe quem ſpecialiter obligaturum *d.l obligatione*.At vt conuentio quæ nullo modo expreſſa eſt pro expreſſa habeatur fieri nunquam poteſt,quia in eam rem ſup-
13 pletione opus eſt,non interpretatione.Supplere † autē quod facti eſt, iudex vt iam diximus,nunquam debet.Sed & ſi conſtitutione Iuſtiniani opus fuit vt obligatione generali bonorum omnium futura quoque continerentur, (neque enim vetus aut media iuriſprudentia id vnquam admiſiſſet) quanto minus illud admittendum eſt citra conſtitutionem,vt nulla ſubſiſtente pignoris conuentione & præſentia & futura pignori data eſſe intelligantur.
14 Nam quod iſti adſerũt nihil intereſſe † debitoris,ridiculum eſt: cùm vtique multo facilius creditores inuenturus ſit,offerēs pignora nullo dum vinculo obſtricta.Sed & quamuis nihil intereſſet debitoris, tamen quis non videt
15 intereſſe creditorum † poſteriorum,propter quos præcipuè ad hanc diſputationem decurrendum eſt,cùm de temporis ordine & priuilegio inter creditores pignoratitios concertatur? Illud itaque pro firmo & fixo ponendum
16 eſt,bona debitoris,ſi de pignore nihil cõuenerit,tacito pignoris iure † obligata regulariter,non videri,quod & omniũ apertiſſimè probat *l. Ariſto.3.D. quæ res pign.oblig.poſſ.*Addo regulariter, quoniam caſus quidam ſunt in quibus aut conſtitutum aut receptum eſt vt pignus vel hypotheca tacitè cõtra-
17 hatur:De quibus in *dict.tit.In quib cauſ.pig.vel hypo.tacit.cont.*Inter eos verò caſus pragmatici non modò noſtri,ſed etiam Galli hunc adſtruunt,Si† ex chirographo agnito & recognito agatur.Nam & ex iis ipſis qui fatentur hypothecam tacitam ex chirographo non induci,plerique omnes ſic ſentiunt, Si chirographum à debitore agnitum & recognitum ſit, tacitam hypothecā ex eo tempore naſci,vt ſubinde hypothecaria exerceri poſſit non ſolùm contra debitorem ipſum,ſed etiam cõtra cæteros quoſque poſſeſſores ab eo po-
18 ſteriorē cauſam habētes.Quam in ſententiam† mouentur ex eo quod Senatus. noſtri ſtilo cautum eſt vt à die recogniti chirographi *hypotheca currat,& locũ*
19 *habeat*.Quaſi verò id Senat' † noſter ab initio egerit,vt iis verbis hypothecā tacitā ex chirographo recognito induceret , ac non potiùs vt hypothecæ in chirographo expreſſæ ſi qua eſſet,legē certā daret.Cùm enim ita ius eſſet, vt pignoris quantũcũq; expreſſi in chirographũ collati nulla prorſus ratio haberi poſſet,propter fraudes quas alioqui facile eſſet comminiſci in necē anteriorũ creditorũ,niſi trium ſaltē teſtiũ idoneorũ ſubſcriptio interueniſſet, *l.ſcripturas 14.C.qui potior.in pignor.habeant.*æquiſſimũ ſanè fuit conſtitui,vt a quo tēpore fraudis ſuſpicio prorſus ceſſat,id eſt, agnito demũ & recognito chirographo,hypotheca illa in eũ vſq; diē inutilis vires ſuas extũc, vt loquũtur, exercere incipiat.Pręſupponendi enim ſunt, quod & pragmatici iactare
20 ſolēt,termini habiles.Vt aũt nullo † cõuēto pignore ſola chirographi agnitio aut denegatio ſufficere poſſit ad inducendā tacitā hypothecā,nec iuris ratio vlla facit,nec æquitatis,Niſi ius creditoris reſpicias,quã fieri obſecro poteſt, vt pl' iuris habeat is,qui nõ niſi chirographo obſtrictũ habeat debitorē,quā qui publico & authētico nititur inſtrumēto?Atqui ſi quingētis inſtrumentis per totidē notarios exceptis & ſubſcriptis creditor niteretur,nõ eo magis

ſibi

ſibi ius taciti pignoris acquireret,quod debitor ad iudicẽ euocatus vel agno-
uiſſet debitum vel denegaſſet,nec ſi milies litẽ cõteſtatus fuiſſet.Litis.n. cõte-
ſtatio † facit equidẽ vt quaſi cõtrahi videatur *l.3.§,idẽ ſcribit. D.de pecul.* ſed nõ
ſimiliter pignus tacitum inducatur, quia neq; expreſſim contrahendo indu-
ceretur : maior autem eſſe vis taciti non poteſt quàm expreſſi. Quanto mi-
nùs ergo inducendum erit,ſi non conteſtatio, ſed agnitio ſola aut denegatio
debiti,non in publicum inſtrumentum,ſed in nudum chirographum collati
præceſſerit ? Nam ſi dicas † tanto fauorabiliorem & priuilegio aliquo di- 22
gniorem eſſe creditorem chirographarium, quanto leuiores habet debiti ſui
probationes,vt qui tanto magis bonam fidem debitoris ſecutus ſit ſolo chi-
rographo contentus.Reſpondebo, Ex eo potiùs apparere quàm alienum ſit
non ſolùm à iuris ratione,ſed etiam à contrahẽtium voluntate,ſi tacitum pi-
gnus inducatur fauore eius qui pignoribus cauere ſibi noluit cùm poſſet:
nam ſi voluit, imputet ſibi cur non fecerit,& cur nudam debitoris fidem ſe-
qui maluerit vt ei fortaſſe gratior eſſet,quàm pignorum cautionẽ ab eo ex-
torquere.Neque verò vnquam auditum eſt,quò quis negligentior & incau-
tior fuerit in contrahendo, eo digniorẽ illum eſſe cui ſubſidiario iuris auxi-
lio ſuccurratur.Vulgare namque verbum illud eſt, & pragmaticis ipſis fami-
liare,Iura † vigilãtibus ſubuenire non dormiẽtibus *l.ſumma.21.§.ſed ſi alij, D.* 33
de pecul.l. qui autem.6.§.ſciendum.l.pupillus 24.D.*quæ in fraud.credit,l.2. C. de
annali except.l.debitor.* D. *de ſeparat.* Alioqui eodem abſurdo conſequens
fiet quod erit longè abſurdius,vt ſi nec chrirographum vllum extet,idem ius
taciti pignoris creditorem ſequatur,& quidẽ tanto iuſtiùs quãto benignior
& fauorabilior videri debet creditor,qui nullã prorſus debiti ſui cautionem,
at nec probationem à debitore ſuo exegerit. Quod enim extantis chirogra-
phi faceret agnitio aut denegatio,quidni hoc etiã caſu cõfeſſio † aut inficia- 24
tio debiti faciet,accedente ſaltem litis conteſtatione? Atqui non eſt ex pra-
gmaticis tam imperitus quiſquam, qui errorem hunc adeò ineptum adhuc
induxerit.Solet quidem inficiatio calumnioſa nocere inficiãti, & in pleriſq;
cauſſis † ſua mẽdacio pœna conſtituta eſt, vt puta ſi poſſeſſor directa rei vin- 25
dicatione conuentus falsò neget ſe poſſidere.Transfertur enim ab eo poſſeſ-
ſio,licet actor nõdum ſe dominũ eſſe probauerit *l.vlt. D. de rei vindic.* Quo
exemplo idem quoque conſtitutũ Iuſtinianus voluit in eo,qui per quaſi Ser-
uianam, & hypothecariam conuertus negauit rem obligatam in bonis de-
bitoris fuiſſe:vt ſi non à iure pignoris,cadat ſaltẽ à poſſeſſione *Auth.item poſ-
ſeſſor.C.qui potior.in pignor hab.* Facit etiam inficiatio † nõnunquam vt obli- 26
gatio creſcat quemadmodum in depoſito, & aliis quibuſdam cauſſis.*l.1.§.1.l.
ſi quis inficiatus. D.depoſ.§.ſed furti quidem. inſt.de actionibus.* Sed vt propter
inficiationẽ cõtrahatur obligatio pignoris,nuſquã proditum eſt.Noua enim
illa obligatio eſſet,quamuis acceſſoria, obligationes autem omnes licèt ex 27
poſt facto interdum creſcere poſſint,nunquam tamen niſi certis & legitimis
modis cõtrahũtur,inter quos † non eſt inficiatio.Agnitio † verò chirographi 28
aut confeſſio debiti multo minus. Nemo enim confitendo & bonam fidem
agnoſcendo facit conditionem ſuam deteriorem, niſi hactenus vt pro con-
demnato habeatur, ex præcedenti nimirum obligatione, quę iuſta & legiti-
ma fuit.Nam nec condemnatur quiſquam niſi ex obligatione aliqua præce-
dente,nec rurſus condemnatio † ipſa facit vt condemnati bona obligata intel- 29
ligantur, priuſquàm in executione iudicati pignora capta ſint,id eſt per ca-

pionem conſtituta. *l. à Diuo Pio* 15. *D. de re iudicat.* ſicut nec ſi debitor conſti-
tuerit ſe ſoluturum id quod debet, naſcitur ex eo hypotheca vlla, ſed tantùm
30 perſonalis actio prætoria, *l. 1. & paſſ. de conſtit. pecun.* Cùm igitur cauſa † nulla
ſit propter quam creditor chirographarius eo tacitæ hypothecæ priuilegio
dignus videri debeat ſiue agnitum ſit chirographum, ſiue denegatum, nec fe-
rendum illud eſt, vt ſine cauſſa priuilegium inducatur. Cæteras enim omnes
31 tacitas † hypothecas fauor aliquis extorſit aut ex perſona creditoris, aut pro-
pter factum aliquod tacitúmue conuentionem debitoris, aut denique ratione
aliqua publicæ vtilitatis, nec eo tamen minùs neceſſaria fuit Senatuſcon-
32 ſultorum † aut conſtitutionum principalium authoritas, vt ex iis etiam cauſis
hypotheca tacita induceretur. Quemadmodum in ſpecie *leg. prima,*
Digeſt. in quibus cauſis pignor. vel hypoth. tacit. contrah. lege vnic. Codic.
de rei vxor. act. leg. aſsiduis 12. *Cod. qui potior. in pignor. habeantur.* Exce-
pto illo caſu quo agitur de mobilibus in prædium vrbanum inue-
ctis per conductorem, aut de fructibus ex prædio ruſtico perceptis. Id e-
nim moribus receptum potiùs quàm lege aliqua inductum videtur, vt quæ-
33 cunque † in prædium vrbanum conductor intulit, hoc ipſo ſint tacitè obliga-
34 ta pro penſione *l. in prædiis* 7. itémque fructus † prędiorum ruſticorum *l. eo in-*
35 *re* 3 *cum ſeq. D. in quib. cauſſ. pign.* Sed vtrumque † tamen ſumma ratione. Illud
quaſi ex tacita conuentione, cuius coniecturam præbet factum ipſum debi-
toris res ſuas in alienam domum inferentis, quandoquidem ita faciendi ius
nullum habet niſi ex cauſſa conductionis, quæ ipſa eum obligat ad ſolutionē
penſionis: Hoc verò quia cùm fructus ex fundo percipiantur non tam ſemi-
nis quàm ſoli & dominij iure, *l. qui ſcit* 25. *§. 1. D. de vſur.* conductio autē nō
auferat dominium locatori, apparet non alia ratione fieri poſſe vt conductor
fructus ex fūdo locato perceptos ſuos faciat, quàm quòd eos percipiat ex vo-
luntate locatoris, vt Africanus ait in *l. ſi ſeruus* 63. *§. locati. D. de furt.* locator
autem non aliter voluit aut conſenſit vt fierēt conductoris, quàm ſi ab eo ſi-
bi penſio ſolueretur. Proinde non tam mirum videri debet, fructus iſtos ta-
citi pignoris vinculo teneri, quàm illud potius qui fieri poſſit vt pignoris iu-
re obligati ſint locatori, in cuius dominio eſſe intelligantur. Neque enim
proprię rei pignus conſiſtere poteſt, *l. ne pignus* 45. *Dei regul. iur.* Sed hęc ra-
36 tio ad eos tantùm fructus † pertinet, qui nōdum percepti ſunt, nec à ſolo ſepa-
rati, quos conſtat fundi partem eſſe. *l. fructus pendentes* 44. *D. de rei vindicat.*
non etiam ad perceptos. Fiunt enim illi cōductoris ex perceptione, licèt pen-
ſio nondum ſoluta ſit. Itaque in iis pignus tacitum vtiliter conſtitui & potuit
37 & debuit, quia expreſſum poſſet. Iam verò quod ſtilus noſter † ſic habet *ex*
die agniti aut denegati chirographi hypothecam currere, & quod idem eſt *Debi-*
tum chirographariū ex quo agnitum vel denegatum eſt hypothecā habere, aper-
tiſſimum eſt ſic accipi debere, ſi qua in ipſo chirographo hypotheca expreſſa
38 contineatur. Nam & ſic dicimus lite † cōteſtata vſuras currere, *l. lite* 33. *D. de*
vſur. non vt ſignificemus vſurarum debitum ex die conteſtationis incipere, vt
vulgò plerique præſertim ex pragmaticis intelligunt (nam ſi contractus bo-
næ fidei fuit, incipiunt deberi ex mora etiam extraiudiciali, & quæ conteſta-
tionem præceſſerit *l. mora* 32. *§. penult. eod.* ſin ſtricti iuris, ne quidem poſt li-
tem conteſtatam debentur, in eoque à fructibus differunt *l. videamus* 38. *§ ſi*

actionem

actionem eodem, vt pluribus à nobis tractatũ eſt *lib.*15. *Conſectur. cap.* 1.) ſed vt inſinuemus, nouationem illam quæ per litis conteſtationẽm fieri dicitur, non facere vt vſuræ quæ iam anteà deberi cœperant, deſinãt currere, ſed currere illas ſuo marte, acſi nulla nouatio facta eſſet, quia ſpecies iſta nouationis non ſolet deteriorem facere conditionem creditoris rem ſuam perſequentis, cùm neceſſaria non voluntaria ſit *l. aliam* 19. D. *de nouat.* faceret verò deteriorem ſi ſiſteret curſum vſurarum iam anteà debitarum. Porrò ſicut aliud eſt non ſiſtere vſuras iam currentes, aliud vero earum curſum inducere, ſic & in propoſito aliud eſt, hypothecam ex chirographo currere, aliud tacitam induci. Prius verum eſt & conſtitutum. Poſterius verò nec conſtitutum eſt, nec iuris aut æquitatis colore vllo, nec rurſum ſine colore & prætextu aliquo conſtitui potuit.

ERROR II.

De vſuris chirographariis.

SVMMARIA.

1 *Error pragmaticorum de vſuris in chirographo promiſſis, non debitis niſi ex quo agnitum eſt, vel denegatum chirographum.*

2 *Ea ratione erroneam ſuam ſententiam ſtabiliunt pragmatici, quòd vſurarum vt pote odioſarum facilè præſumatur remiſſio.*

3 *Vſuræ quæuis ſunt odioſæ, niſi in compenſationem eius quod intereſt aut fructuum debeantur: & cur.*

4 *Vſuræ chirographo promiſſæ debentur ex eo tempore quo ſolutio fieri debuit, contra pragmat.*

5 *Qui ex chirographo conuenitur, quaſi ex ſtipulatione conuenitur.*

6 *Non quaſi per chirographum ſtipulatio contrahatur, aut mutuum, ſed quia ex eo probatur & contractum eſſe mutuum & ſtipulationem interueniſſe.*

7 *Quod ad ius obligationis attinet nihil intereſt, vtrum quis per publicam notarii manum ſe obliget, an per priuatam.*

8 *Vſuræ quantumlibet odioſæ ſint, tamen cùm in ſtipulationem aut chirographum deducta ſunt, debentur. & nu- e rm.*15.

9 *Odium vſurarum non efficit, vt promitti, aut certi condictione peti non poſſint, ſed tantum vt ex nudo pacto peti nequeant.*

10 *Error Iacobi Cuiacii omnia pacta nuda eſſe mordicus defendentis.*

11 *Cur ſi tibi decem credidero, vt vndecim debeas, non plus quàm decem condicere liceat.*

12 *Quomodo accipiendum illud Acceſſiones frumenti vel hordei, vel olei mutuò dati, etiam ex nudo pacto præſtandas eſſe.*

13 *Actio præſcriptis verbis ex quibus conuentionibus competat.*

14. *Pactio de mercis mutuò data acceſſionibus præſtandis non poteſt facere vt actio ex contractu detur ad id quod pacto comprehenſum eſt.*

16 *Ratione pecuniæ certo loco aut tempore debitæ id quod intereſt præſtari non eſt nouum.*

17 *Vſuræ quæ odioſæ ſint, aut non odioſæ.*

18 *Quoties ſtipulationi inſerta eſt certa dies, ſi ſubiecta ſit pœna, conuentionalis.*

dies interpellat pro homine.
19 *Pœna ſtipulationi cur cenſeatur adiecta.*
20 *Vſuræ aut per comminationem pœnæ promittuntur, aut per præciſam obligationem.*
21 *Vſurarum remiſſio vt faciliùs præſumatur, quàm cæterarum rerum.*
22 *Præſumptio remiſſionis vſurarum, ad quas vſuras pertineat.*
23 *Probata conuentione de vſuris præſtandis ni pecunia ad diem ſolueretur, vſuræ ſine interpellatione debentur.*
24 *Agnitio aut denegatio chirographi non inducit obligationem, ſed proficit ad eam quæ iam inducta eſt officialiter exercendam.*
25 *Obſeruanda cautio in hac aſſertione de præſtandis vſuris per chirographum promiſſis.*

CREDITORIBVS chirographariis diſplicebit fortaſſe
ſuperioris erroris animaduerſio, huius placebit. Si chirogra-
1 pho † vſuræ promiſſæ ſint, ſiue in ſpeciem, & vt loquuntur, per
modũ pœnæ ni ad dictam diem pecunia ſoluatur, ſiue ſimpli-
citer & abſolutè, ſic nimirum concepta obligatione vt ad certã
diẽ pecunia ſoluatur cum vſuris, hoc etiam ſi voles addito, quincuncibus
aut ſemiſſibus, Pragmaticorũ noſtrorum frequens ſententia eſt, Poſt multos
annos agente ex chirographo creditore, nullam vſurarum fieri poſſe condem-
nationem, niſi ex quo agnitum chirographum eſt vel denegatum. Odio,
2 inquiunt, vſurarum, † quarum, remiſſio facilè præſumenda eſt *l. cùm quidam*
17. §. Diuus Pius. D. *de vſur.* præſertim ſi quod plerumque fit, mutua pecunia
fuerit quæ chirographo cauſſam dedit. Vſuras enim fœnebris pecuniæ con-
ſtat non niſi ex ſtipulatione deberi & peti poſſe *l. 3. C. de vſur. l. Titius 34.* D.
3 *de præſcript. verb.* Ego verò etſi non inficior vſuras † quaſlibet, iis exceptis
quæ in vicem & compenſationem eius quod intereſt aut fructuum debentur,
eſſe odioſas, quoniam pecunia ſui natura res ſterilis eſt quæ pecuniam gi-
gnere non poteſt, ideóque nimirum non tam ex re quàm iure & ex nego-
tiatione percipi dicuntur. *l. ſi nauis 62.* D. *de rei vindicat.* In ſpecie tamen
4 propoſita non dubito quin ex eo tempore † quo ſolutio fieri debuit, vſuræ
omni modo debeãtur, ſi aliud nihil ſit quod cõtrariã ſententiã inducat. Mouet
5 me illud imprimis, quòd qui ex chirographo † cõuenitur, nõ pro eo habetur
acſi nuda pollicitatione aut nudo pacto ſe obligaſſet: quæ obligatio inefficax
eſſet ad producendã actionẽ, ſed quaſi ex ſtipulatione conuenitur, cùm inter
præſentes chirographum conſcriptum eſt *l. 1. C. de contr. & com. ſtipul.* Vtpote
quã à pacto nõ tã vis verborum quã animus & voluntas cõtrahẽtium diſtin-
guat *l. iuris gẽtiũ 7. §. quod ferè.* D. *de pact. l. 1. §. cũ qui.* D. *conſt. pec.* Ea verò & de-
bitoris chirographũ cõſcribẽtis, & creditoris accipiẽtis haud dubiè volũtas eſt
vt efficaciter debitor obligetur, & ita vt ex chirographo conueniri poſſit:
quod nõ aliter poteſt cõtingere quã ſi interuenerit ſtipulatio, quãdoquidẽ ex
nudo pacto agi nõ poſſet: ex pollicitatione verò multo minùs *d. l. iuris gẽtiũ. §.*
igitur nuda. & to. ti. D*e pact.* Quãquã enim præcedentis interrogationis quę in
ſtipulatione neceſſaria eſt, mẽtio nulla fit in chirographo, facilè tamẽ colligi
& induci poteſt ex ipſo *promittẽdũ* verbo, ſiue quòd ſollẽnitas intrinſeca facilè
præſumatur, *l. ſciẽdũ* 35. vbi noſtri tractãt *de verb. obl.* ſiue quod verba in ple-
niore & põtẽtiore ſignificatione accipiẽda ſint, maximè vt id quod agitur ope-
rẽtur *d. l. 1.* vbi eſt textus ad hãc rẽ omnino pertinẽs, *C. de cõtr. & cõmit. ſtipu.* &
6 *in §. ſi ſcriptũ. Inſt. de inu. ſtip.* Nõ quaſi † per chirographũ ſtipulatio cõtrahatur,
aut mutuũ, ſed quia ex chirographo probatur & cõtractũ eſſe mutuũ, & ſtipu-

lationem

Digitized by Google

lationẽ interueniſſe.*arg.l.Publia* 26.§.1.D.*depoſ*.Haud ſecus acſi de ea re publi
cũ inſtrumẽtũ à notario cõſcriptũ eſſet,quo caſu dubitari minus poſſet, quin
etiamſi nulla ſtipulationis mentio inſerta proponeretur , promiſſor tamẽ ex
eo inſtrumento tanquam ex ſtipulatione probata conueniri poſſet. Cur.n. a-
lioqui ad notarium iretur,cuius officium illud eſt , vt etiam abſenti creditori
ſtipuletur,ſi ſtipulandi animus nõ adeſſet ? Quid verò intereſt †quod ad ius 7
ipſum obligationis,& ad animum ſe obligandi attinet,vtrum quis per publi-
cã ſcripturam ſe obliget,an per priuatam?Nihil prorſus.Tametſi longè para-
tior & expeditior ſit actio ex publico, & vt vocant, authentico inſtrumento
quàm ex chirographo: Nam nec obligationis executio quicquã cõmune ha-
bet cum iure ipſo obligationis.Quòd ſi chirographum abſẽte creditore cõ-
ſcriptum ſit,nec probetur numeratio pecuniæ chirographariæ,alia vtique a-
ctio cõpetere non poteſt,quàm cõdictio ex chirographo,quæ ſucceſſit in lo-
cum obligationis literarum, quandoquidem ſtipulatio inter abſentes cõtra-
cta videri non poteſt *§.1.Inſtit.de liter.obl.* Iunct.*l.non figura* 38.*De obl.& a-
ction.*Itaque in propoſita quæſtione vſurarum condemnationẽ impedire il-
lud non poteſt,quòd ſtipulatio non interuenerit , nec proinde quod odioſæ
exiſtimentur,quia quantumlibet †odioſæ ſint,tamen cùm in ſtipulationẽ aut 8
chirographum nudum deductæ ſunt,debentur *d.l.3.C.de vſur.*Odium nãque
vſurarum †non illud efficit vt promitti nõ poſſint(alioqui nec poſt agnitum 9
aut denegatum chirographum deberentur,ac ne lite quidem conteſtata, cum
ex ſtricti iuris contractibus litis cõteſtatio non inducat debitum vſurarum)
Nec rurſum vt certi condictione peti non poſſint(id. n. ſit propter naturam
illius actionis,quæ cùm ſit ſtricta,formari per pactum nequit:)ſed tantùm vt
ex nudo pacto peti nequaquam poſſint per actionem pręſcriptis verbis,quo-
modo peti poſſent acceſſiones frumenti vel hordei.muto dati *l.frumenti* 12.
*eo.tit.*quæ ideo fauorabiliores certè ſunt quòd huiuſmodi mercium æſtima-
tio incerta ſit,non vt pecuniæ in republica benè adminiſtrata , ſemper ſibi
conſtans *l.oleo* 23.*eod.*Iunct.*l.3.D.de in lit.iur.* Nec rurſus eſt quod quis obii-
ciat,ſi tibi decem credidero ſic vt vndecim debeas,non plus quàm decẽ con-
dici poſſe *l.tibi* 17.*D.de pact.l. rogaſti* 11.*§.ſi tibi.de reb. cred.*Id enim ſit, non 10
quia pactũ illud æquè nudũ ſit(error †.n.ille eſt *Iacobi* Cuiacij mordicus defẽ-
dẽtis omnia pacta eſſe nuda,cũ ſi in continẽti ſit adiectũ,veſtiatur,vt noſtro-
rũ verbo vtar,cohærentia cõtractus) ſed quia licèt nudũ nõ ſit,actionẽ tamẽ
ex cõtractu formare nõ poteſt.An hoc †ipſum verò vt pleriq;putãt,quòd cõ- 11
tractus mutui ſit ſtricti iuris?Minimè.Nã & ſtipulatio cõtractus eſt ſtricti iu-
ris,& tamẽ pacta in continenti poſt ſtipulationẽ facta ei credũtur ineſſe, etiã
vt actionẽ ex eo cõtractu forment, *l. lecta* 40. *D. de reb.cre.* ſed quia mutui
obligatio nõ niſi re cõtrahitur,re autẽ contrahi obligatio vltra quàm reuera
datũ,& numeratũ ſit non poteſt. *l.cùm vltra 9.C.de non num.pec.* Quare nec
aliud eſſet,etiamſi depoſitum,quod bonæ fidei eſt, eadem lege & conditione
factum proponeretur,quoniam re contrahitur ſicut & mutuũ *§.is quoque.In
ſtit.quib.mo.re cont.obl.* Et cũ dicimus acceſſiones †frumẽti vel hordei,vel olei 12
mutuò dati,etiã ex nudo pacto pręſtãdas eſſe,nõ ſic intelligim' vt cõdictione
ex mutuo peti poſſint (nihil.n. aliud ea actione peti poteſt , quàm quod re-
uera creditũ eſt)nec rurſum actione propria ex pacto , quę iure ciuili nulla
eſt,ſed ad actionẽ præſcriptis verbis reſpicimus,quę † competit ex conuen- 13
tionibus omnibus efficacibus quidem ad producendam actionem, ſed pro-

Digitized by Google

prium nomen nō habẽtibus *l.1.l.natur.5.d.l.Titius 34 & paſſ.De praeſcr.ver.l. cũ mota 6 C.de trãſ.vlt.C.de rer.permu.* Cuiuſmodi eſt pactio† illa De mercis
14 mutuo datæ acceſſionibus præſtandis, cùm in cōtinenti poſt contractũ mutuum, aut in ipſo contractu adpoſita eſt: quoniã, vt diximus, licèt non ſit nuda propterea quòd ineſt contractui, hactenùs vt dici poſſit non fuiſſe creditorem aliter contracturũ, actionẽ tamen ex contractu formare non poteſt, id eſt facere vt actio ex contractu detur ad id, quod pacto comprehenſum eſt, aliáque proinde actione eſt opus. At cùm cauſa mutui conuertitur in ſtipulationẽ, quod fit quoties pecuniæ creditæ nomine ſtipulatio interponitur *l. cũ enim 5.& l.praced D.rat.rem hab.* pactũ incontinenti adpoſitũ ſufficere poſſet vt vſuræ deberentur, adeóque ex ſtipulatu peterẽtur, nec vſurarum odium repugnaret *d.l.lecta.* quia cùm ſtipulatio à pacto non niſi animo ſtipulandi aut paciſcẽdi differat, ferè eſt vt quoties ſtatim poſt ſtipulationẽ pactũ initur, idem ſtipulandi animus qui paulo antè fuit adhuc ſupereſſe videatur. Ideoque facile fit vt actio ex ſtipulatu formetur per pactũ, nec quicquã eſt, quod pro-
15 hibeat. Multo igitur magis vſuræ† ex ſtipulatione præſtãdæ erunt, ſi in ſtipulatum deductæ ſint cum ſorte principali, & ex chirographo peti poterunt. Nam etſi vſuræ nullæ promiſſæ eſſent, hoc ipſo tamen quod ſua certaque die ſoluenda fuit pecunia, nec ſoluta eſt, daretur creditori actio ex ſtipulatu ad id quod ſua intereſſet: & quidem ex vi ſtipulationis, ne alioqui dies fruſtrà & inutiliter adiecta videretur *l.ſi Calendis 10. D. de re iudic.l.ſi fundum certo*
16 *die 114.de verb.oblig.* Nam ratione pecuniæ † certo tẽpore aut loco deditę id quod intereſt præſtari non eſt nouum *d.l.3. D.de in lit.iurand.l.quod ſi Epheſi 4.de eo quod cert.loco.* & nos explicauimus *lib.15.Conieſt.cap.3.* Quidni ergo vſuræ debebuntur quaſi in vicem & taxationem eius quod intereſt, ex conſilio *I.C.in l.vlt.de prator.ſtipulat.* Ex quo etiam reſponderi poteſt ad id quod
18 paullò antè dicebamus de odio vſurarum. Vſuræ † enim illæ demum odioſæ ſunt quæ tanquam vſuræ debentur, non quæ pro eo quod verè intereſt creditoris, non magis quàm quæ vice & loco fructuũ *d.l.curabit 5. C. de act.emp.* Quanto autẽ æquius eſt deberi eas ſi præter diei adiectionẽ per modũ pœnæ
18 ſint promiſſæ: Id.n. generale eſt vt quoties †ſtipulationi inſerta eſt certa dies, ſi ſubiecta ſit pœna, dies interpellet pro homine ad committendã pœnam, nec alia vlla ſiue iudicialis ſiue extraiudicialis petitio neceſſaria ſit *vulg.l.magnam*
19 *C.de cont.& comm.ſtip.* Pœna.n. illa cẽſetur† adiecta ob hoc ſolùm ne poſt morã debitoris quærendum ſit an interſit creditoris *l. ſtip.iſta 38.§.alteri de verbor.obl.* aut animo taxandi eius quod intereſt *d.l.vlt. de prat.ſtipul.* Quòd ſi vſuræ† nō per cōminationem pœnæ, vt plerũque fit, his verbis vulgaribus *ſub*
20 *pœna expenſarũ damnorũ etiam intereſſe*, ſed abſolutè promiſſę ſint hoc modo *cũ expenſis, damnis & intereſſe*, longè minorem dubitationẽ res habet, quin vſuræ ex ea promiſſione debeantur à die finiti, vt aiunt, termini, cũ ſint in præciſa obligatione, cuius vtique maiorẽ vim eſſe conuenit quã comminationis.
21 Illud ſanè fateor vſurarũ† remiſſionẽ facilè præſumi, id eſt faciliùs quàm cæterarũ rerum, quia cùm in cæteris rebus tria concurrere neceſſe ſit, ad inducẽdam tacitam debiti remiſſionem, taciturnitatẽ longi temporis, id eſt decennij inter præſentes, aut vicennij inter abſentes, proximã conſanguinitatem & actum aliquem tacitæ remiſſionis, qualis ille eſſe poteſt ſi ſæpius redditæ ſint rationes *l. Procula 29.D.de probation.* in remittendis tamen vſuris ſufficit in-

interue-

teruenisse conſanguinitatem prox mam & longi temporis taciturnitatem. *d. §. Diuus Pius.* Ergo ſi aut conſanguinitas nulla ſit inter debitorem & creditorem, aut breuius tempus, quàm decennii interceſſerit, cùm ex chirographo vſuræ petentur, cur remiſſæ præſumentur? Nunquam ſiquidem ei qui tardiùs agit imputandum eſt cur non citiùs egerit, dummodo agat intra tempus conſtitutum, id eſt dummodo, à iure agendi nondum ſit tempore excluſus: ſciuit enim ius ſuum ſibi competere & durare *arg. 3. non videtur l. ſicut 8. D. quibus mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* Adde quòd tacita † vlla vſurarum remiſſio 22
ad eas tantum vſuras pertinet, quæ ſunt odioſiores, id eſt quæ tanquam vſuræ debentur, non ad eas quæ iure eius quod intereſt, aut in vicem fructuum. Denique vt errorem iſtum pragmaticorum detegamus apertiùs, finge nihil chirographo cautum eſſe de vſuris, ſed tantùm ex facto proponi conueniſſe inter debitorem & creditorem de iis præſtandis ni ad diem pecunia ſolueretur. Non eſt ex pragmaticis † qui dubitet quin ea conuentione probata vſuræ 23
debeantur, etiamſi nulla interpellatio ſecuta ſit? Quidni enim? cum conuentio iuſta ſit, nec legibus aut bonis moribus contraria? Atqui ea ipſa conuentio probatur per chirographum in quo continetur. Quænam autem apertior, aut certior probatio eſt, quàm quæ fit per aduerſarii non ſolùm confeſſionem, ſed etiam ſcripturam? Ergo concludendum eſt promiſſas quouis modo vſuras creditori præſtandas & adiudicandas eſſe, ad finem vſque quincuncium, (quæ frequentiores vſuræ noſtris temporibus ſunt) tametſi ex chirographo 24
petantur. Non enim agnitio † aut denegatio chirographi inducit obligationē, ſed proficit ad eam quæ iam inducta eſt efficaciter & ſine fraudis ſuſpicione exercendam: Hoc tamen ſemper † exceptum volo, ne quid ex ea chirographa- 25
ria obligatione præiudicii cæteris creditoribus generetur, antequam agnitio aut denegatio facta ſit, quæ omnem fraudis & prælatæ diei ſuſpicionem excludat. In ſumma, vſuras promiſſas, per chirographum ex eo tempore præſtari volo quod in conuentione deductum eſt, ſolius debitoris incommodo, & damno, non etiam aliorum creditorum, quibus nec ipſius ſortis obligatio chirographaria noceret.

ERROR TERTIVS.

De hypotheca per chirographum expreſſim conſtituta.

SVMMARIA.

1 *Error pragmaticorum arbitrium hypothecam ex chirographo in quo expreſſa eſt, non prius competere, quàm fuerit agnitum chirographum.*

2 *Ratio qua pragmatici errorem ſuum ſtatuminant.*

3 *Falſum eſſe illud interpretum, chirographariam obligationem nullas vires habere priùs quàm chirographum agnitum ſit aut denegatum.*

4 *Chirographi agnitio pignus inducere non poteſt.*

5 *Scriptura non eſt neceſſaria ad conſtituendum pignus ſeu hypothecam.*

6 *Pignus conuentum in chirographo diem vel annum expreſſum non habente, valet ex eo die quo conuentum fuit, non quo probatum.*

7 *Probationes omnes ad tempus rei geſtæ retrotrahuntur.*

8 *Probatio quæ fit per chirographum*

laborat ſuſpicione fraudis non ratione debitoris,ſed creditorum qui medio tempore ſuperuenerunt.

9 *Negotio in chirographum deducto per teſtes probato efficax eſt pignoris conuentio ex eo die quo chirographum conſcriptum eſt.*

10 *Inter creditores hypothecarios locum & ordinem quando obtineant chirographarij.*

11 *Concluſio contra ſententiam interpretum.*

1 SVPERIORIBVS erroribus hic quoq;neceſſariò coniungen-
dus fuit. Nam verſatur etiam circa chirographarias obligationes.
Pragmaticis † placet,Bonis omnibus debitoris per chirographum
expreſſim obligatis non priùs tamen ex chirographo hypothe-
cam competere,nec conſequenter hypothecariam exerceri poſſe, quàm chi-
rographum agnitum ſit aut denegatum,ideóque condemnandum creditorem
qui prius hypothecaria egerit:nec malè & præpoſterè inſtitutam actionem
ex eo conualeſcere poſſe,quòd ex poſtfacto appareat chirographarium pignus
2 fuiſſe.mouentur † hoc vno rationis prætextu quòd chirographaria obligatio
nullas prorſus vires habeat,antequam chirographum agnitum ſit aut denega-
tum. Quæ ratio euidenter falſa eſt. Iam † enim à quo tempore mutuum
3 contractum eſt,& chirographum cõſcriptum,cõtractam quoq;eſſe obligatio-
nem,nec eam ſolùm,ſed etiam chirographum vires habuiſſe fatendum eſt: &
conſequenter pignus quod in chirographo continetur. *l creditricem. 7 . C.de
remiſſ.pignor.* Nã licet ſcripturę fides ſit ſuſpecta quod ad alios attinet,in quo-
rum necem colluſio intercedere potuit debitoris & chirographarij credito-
ris,tamen quod ad ipſum debitorem pertinet,qui fraudem ſibi ipſi facere non
poteſt,quænam obſecro res impediet ne ex die conſcripti chirographi obli-
gatus cenſeatur ? Agnito nimirum quandocumque poſteà chirographo,aut
per literarum comparationem vel per teſtes probato, quibus duobus modis
probari poteſt chirographi veritas,ſi per malam debitoris fidem denegetur.
4 Non enim agnitio † chirographi inducit pignus non magis quàm obligatio-
nem ipſam ſortis,ſed eam quæ iam antè contracta fuit,qualis ſit & fuerit de-
clarat:ſicuti de ſententia iudicis dici ſolet,non tam acquiri per eam ius vi-
ctori,quàm ius illud quod ante habuit, declarari. Et verò quis dicat ſcri-
5 pturam † eſſe neceſſariam ad conſtituendum pignus,aut aliud contractus ge-
nus iis exceptis contractibus qui in ſcriptis fieri dicuntur? de quibus in *l. cõ-
tractus 23.C.de fid.inſtrum.* Ad futuram duntaxat rei geſtæ memoriam & pro-
bationem ſcriptura adhibetur *l.contrahitur 4.ff.de pignor.* hypotheca autem
nuda voluntate & ſolo conſenſu contrahitur. Quòd ſi ſcriptura ad contra-
hendum pignus neceſſaria non fuit,ſufficiente ſcilicet ſola pignoris conuen-
tione,multo minùs neceſſaria erit ſcripturæ probatio vt in eum vſque diem
pignoris vtiliter contracti vis & poteſtas ſuſpendatur. Sed & finge nullum in
6 chirographo † diem expreſſum eſſe,ac ne conſulẽ quidem,id eſt,annum quo
chirographum conſcriptum eſt. Nemo idcircò dixerit chirographum nul-
lius forè momenti,ſi modò conſtet ſiue per debitoris confeſſionem, ſiue per
quas alias legitimas probationes à debitore ipſo ſcriptum aut ſubſcriptum
eſſe.Sed & pignus,ſi quod in eo conuẽtum fuit, valebit & quidem ex eo die
quo conuentum fuit,non quo probatum erit conuentum fuiſſe. *l. cum taber-
nam. §.idem quæſiit.* D.*de pignor.* Cur ergo dicamus duriorem eſſe debere
conditionem creditoris chirographum proferentis, habens diem & Conſu-
lem?Nam etſi nullum omnino chirographum conſcriptum fuiſſet, tamen

pignoris

pignoris conuentionem per teſtes probatam eſſe ſufficeret, nec quiſquam dubitaret, quin probatio contracti pignoris ad eum diem quo contractum eſſet, retrotraheretur. Id enim generale & perpetuum eſt in probationibus omnibus ✝ vt ad rei geſtæ tempus retrotrahantur, quando non quid nunc 7
ſit, ſed quid anteà geſtum fuerit probatum eſt: Niſi ea probatio ſit quæ 8
laboret ſuſpicione fraudis, cuiuſmodi ſanè illa eſt, quæ fit per chirographum, ſed ratione aliorum creditorum duntaxat, qui medio tempore ſuperuenerunt, qui ſcilicet iuſtam cauſam habent verendi ne quid in eorum necem prælato die factum ſit, non autem ratione ipſius debitoris, qui, vt dixi, fraudem ſibi ipſi facere nullomodo poteſt. Quo argumento dicerem intrepidè, ſi negotij in chirographum deducti veritas non per chirographum ipſum, 9
id eſt per ſolam debitoris confeſſionem, aut quod hac parte idem eſt, per literarum comparationem, ſed per teſtes probaretur vtilem exiſtimandam fore & efficacem pignoris conuentionem, ex eo die quo chirographum conſcriptum eſſet, non modò in præiudicium ipſius debitoris, ſed aliorum etiã creditorum, nec ſolùm quod ad debitum ſortis, ſed etiam quod ad vſuras ſi quæ chirographo promiſſæ ſint, ſiue abſolutè, ſiue in pœnam, quia ceſſante ſuſpitione fraudis propter vrgentes in contrarium veritatis probationes, nihil cauſſæ eſt cur conuentionis ſuæ fructu & emolumento priuari iuſtus creditor debeat. Illã.n. fraudis præſumptio aut potiùs ſuſpicio, iuris tantùm eſt, non etiam de iure, quomodo iidem pragmatici loquuntur, & ideò probationem contrariam admittit, & probationi cedit. Nam & ob hanc cauſam ✝ conſtitutum eſt in *l. ſcripturas* 14. *C. qui potior. in pignor. habeăt.* vt ſuum inter cæteros creditores hypothecarias locum & ordinem obtineant chirographarii, ſi chirographarium quoque pignus habeant, & chirographum à tribus teſtibus idoneis & probæ famæ ſubſcriptum proponatur: 10
quòd eo caſu nulla fraudis ſuſpicio ſubſit. Ergo concludendum ✝ eſt chirographum creditorem eúndemque hypothecarium ſi ante agnitum chirographum hypothecaria egerit, non minùs rectè egiſſe videri, quàm ſi pignoris conuentio in publicum inſtrumentum collata eſſet, quia nec magis hoc quàm illo caſu intereſt debitoris, quem verum eſt & debitorem eſſe, & res ſuas obligaſſe. 11

ERROR QVARTVS.

De offerendi iure quod poſteriori creditori competit aduerſus anteriorem.

SVMMARIA.

1 *Creditor pignus poſſidens non aliter conueniri poteſt à poſterioribus creditoribus licet hypothecariis, quàm ſi ei quicquid debetur, offeratur.*

2 *Creditor anterior non cogitur pati diſtractionem pignoris, quamuis multò pluris ſit pignus, quàm quod debetur.*

3 *Q. Quid iuris ſit vbi poſterior creditor adeò pauper eſt vt explicare pecuniam non poßit ad offerendum anteriori.*

4 *R. aut debiti ſui iacturam, aut longiores moras pati cogetur.*

5 *Idque ſiue creditor per traditionem poſſeſſor factus ſit, ſiue per clauſulam conſtituti.*

6 *Si poſterior creditor poſſideat, prior agens hypothecaria non aliter ſummoueri poteſt, quàm ſi poſterior debitum cum acceſſionibus legitimus efferat.*

7 *Poſterior creditor plus iuris habere nequit, quàm debitor à quo cauſam habet.*

8 *Poſterior creditor non poteſt vendere pignus, licèt debitor poſſit, & cur.*

9 *Error pragmaticorum exiſtimantium anteriorem creditorem non poſſe impedire diſtractionem pignoris ſi per poſteriorem conueniatur.*

10 *Qua ratione errorem ſuum ſuffulciant pragmatici.*

11 *Senatus Sabaudiæ definitio pro dotis creditrice poſteriori. (vidua ſcilicet) in cauſa petente diſtractionem pignoris quod anterior poſſidebat.*

12 *Ex Iuſtiniani conſtitutionibus creditoribus anterioribus etiam expreſſam hypothecam habentibus mulier præfertur.*

13 *Definitionem Senatus à pragmaticis imperitè trahi ad omnes creditores.*

14 *Pragmaticos pro ſententia ſua tuenda perperam afferre l. pro debito. 7. C. de bon. aut. iud. poſſid. quæ ad ſolos creditores chirographarios, non etiam hypothecarios pertinet.*

15 *Inter chirographarios & creditores nullus eſt ordo.*

16 *At inter hypothecarios ordo temporis ſeruatur.*

17 *L. quamuis. 6. D. de pign. act. pro pragmaticis non facere.*

18 *Quomodo temperanda eſſet pragmaticorum ſententia.*

1 CREDITORIS †pignus poſſidẽtis ius illud eſt, vt à poſterio-
ribus creditoribus licèt hypothecariis non aliter conueniri
poſſit, quàm ſi ei quicquid debetur tam acceſſionum omnium
quàm ſortis nomine offeratur, Qui enim prior eſt tempore
potior eſt iure, vulg. *l. 1. l. potior. l. qui balneum.* & paſſ. D. *qui*
2 *potior. in pignor. habeant. l. 1. C. eo.* Nec cogitur creditor † ante-
rior pati diſtractionẽ pignoris, tametſi multo pluris ſit pignus, quàm quod
debetur, quia quanto minus eſt quod debetur, tanto amplior eſt facultas of-
ferendi, & conſequenter tanto magis imputari poteſt creditori poſteriori,
cur non offerat, cùm offerendo poſſit cõfirmare ſuum pignus, atque ita poſt-
modum per diſtractionem rei obligatæ conſequi ſolutionem eius quod ſibi
3 debetur. At quid ſi poſterior † creditor adeò pauper & egens ſit, vt explicare
4 pecuniam non poſſit ad offerendum anteriori? An debiti † ſui iacturam, aut
longiores moras pati cogetur, ſi fortè nulla alia bona debitor habeat, quàm
quę anterior creditor poſſidet? Ita ſanè eſt. Numquam enim creditoris ante-
rioris ius ex poſterioris conditione immutari poteſt, nec eius qui ſibi ab ini-
tio diligenter proſpexit pignus accipiendo, quicquam intereſt, cũ quo poſteà
debitor contrahat, an cum diuite, an cum egeno, aut an diues pauperue ſit is
à quo conuenitur. Sufficit enim quòd paratus ſit vti iure communi. Neq; ve-
rò difficultas præſtationis ſolet nocere, ne ſtipulatori quidẽ, quominùs pro-
miſſor ad dandũ obligetur *l. continuus 137. §. illud. de verb. obli.* Sicut nec quòd
difficilis ſit explicatio pecuniæ, facit vt eo minùs poteſtatiua dicatur cõditio,
quæ in dãda pecunia conſiſtit. Quanto minùs ergo nocebit ei, cum quo nihil
contractũ eſt? Quemadmodũ enim dicimus, iniquum eſſe eum qui cũ pupillo
nõ cõtraxerit, cogi expectare pupilli pubertatẽ *l. apud Iulia. 3. D. qui ex cauſ.*
in poſſeſſ. eat. Ita nec ferendum eſt vt qui cum egeno non contraxit, ſed cum
diuite & locuplete debitore, ob id ſolum iure ſuo cõmunique vti prohibea-
tur, quòd idem debitor cum alio inope & egeno poſteà cõtraxerit. Cur enim
cogatur expectare aut optare vt augeantur poſterioris creditoris facultates?
Præſertim cùm ipſe poſſideat, & à poſteriore creditore vltro inquietetur?
Nec

Nec diſtinguemus an per traditionem † poſſeſſor factus ſit, an quod frequen- 5
tius eſt, per clauſulam conſtituti, cùm vtroque modo poſſeſſionem verã ha-
beat non modò ciuilem, ſed etiam naturalem, realem, & vt pragmatici lo-
quuntur, actualem. *l. quod meo 18. D. de acquir. poſſ.* Nam etſi non poſſideret, ſed
poſterior † ipſe creditor, tamẽ nõ aliter ſubmoueri poſſet anterior agens hy- 6
pothecaria, & alienam auocans poſſeſſionem, quàm ſi ei poſterior omne de-
bitũ cũ legitimis acceſſionibus offerret, quia neque pignus vllũ habere poſte-
rior creditor priùs intelligitur, quã priorẽ dimiſerit, quod non fit niſi ſoluto
aut ſaltem oblato reuera eo quod debetur: hoc autẽ facto pignus ſecũdi cre-
ditoris tũ demũ cõfirmatũ eſſe intelligitur. Sed nec poſterior † creditor plus 7
iuris habere poteſt quàm debitor à quo cauſam habet. Debitor autẽ nõ poſ-
ſet citra oblationem turbare poſſeſſionem pignoris, quod datum eſt anterio-
ri creditori. Atqui, inquies, poſſet debitor † ipſe pignus vẽdere, ea ſaltem lege 8
vt ex pretio creditori ſatisfieret. Quidni ergo poſterior creditor vendere po-
terit? Nã & cùm creditore poſtulãte pignus diſtrahitur, debitor ipſe diſtrahe-
re intelligitur. Reſpondeo plus iuris habere debitorẽ, quia dominus pigno-
ris eſt, quàm creditorẽ qui neq; dominiũ habet, neq; vllũ, vt dixi, pignus, niſi
poſt dimiſſos omnes anteriores. Hæc quãquã ita ſunt, & ex vera tritáque iu-
ris ratione veriſſimè diſputantur, inualuit tamẽ apud nos ab annis aliquot, er-
ror † pragmaticorum exiſtimantium creditorem anteriorẽ nõ ſolũ ſi agat, ſed 9
etiã ſi cõueniatur per poſteriorẽ, nõ habere ius prohibẽdi quominus diſtra-
hatur pignus, vt ex pretio ſatisfiat vtrique ſuo ordine, hoc tantùm addito
temperamento, vti ne priùs poſſeſſio pignoris anteriori creditori auffera-
tur, quàm ipſi omnino, & ad vltimum vſque quadrantem ſatisfactum ſit. 10
Cui errori † cauſã dediſſe videtur ratio illa æquitatis, quòd cùm ius pignoris
ſolui poſſit quandocumque, & quomodocumque ſoluto debito, nihil videa-
tur intereſſe creditoris anterioris, vtrum ex pecunia poſterioris, an ex ipſius
pignoris pretio dimittatur, dummodo ſuum conſequatur, & quidem ſuo or-
dine, nec priuſquam conſecutus ſit, poſſeſſione ſua priuetur. Poſterioris ve-
rò creditoris ex contrario poteſt quàm maximè intereſſe ſi fortè præ nimia
egeſtate pecuniam nequeat explicare ad offerendum: quo caſu durum ſanè
videtur cogi eum debiti iacturam facere, ſi ex pignoris pretio vterque credi-
tor dimitti queat præſertim ſi alia nulla ſint debitoris bona in quæ experiri
poſterior creditor poſſit. Et ſanè memini † Senatum noſtrum cùm viduæ & 11
pauperculæ cuiuſdam dotem repetentis cauſa tractaretur, hoc ei priuile-
gium indulſiſſe, vt audiretur petens diſtractionem pignoris, quod an-
terior quidam creditor poſſidebat, nec debitum offerre cogeretur. Fauore
nimirum dotis, quàm alioqui amiſſura erat mulier; & fame periclitatura,
cùm non haberet vnde offerret. Quæ ſententia ideo mihi placebat, non
ſolùm quòd manifeſtiſſima æquitate nitebatur, cùm ſpectet ad pu-
blicam vtilitatem vt dotes conſeruentur (æquitas enim ex publica,
non ex huius aut illius hominis vtilitate æſtimanda ſemper eſt) ſed
etiam quia ex Iuſtiniani conſtitutionibus iniquiſſimis ſanè, verumtamen
apertiſſimis, ita ius comparatũ eſt, vt creditoribus † omnibus licèt anteriorib. 12
adeóque expreſſam hypothecam habentibus mulier præferatur. *l. aſſiduis. 12.
C. qui potior. in pignor. hab.* quemadmodum pluribus à nobis comprobatum
eſt, *lib. 7. Coniect. cap 16.* Sed extra cauſam dotis numquam patiar tam apertè

vim fieri legibus, vt neſcio quo æquitatis prætextu iura omnia quæ extant in libris noſtris, De iure offerendi, conuellantur & antiquentur. Quis enim poſterior creditor non hanc potiùs viam eligat diſtrahendi pignoris, quod nullo ſuo incommodo facturus ſit, quàm pecuniæ pro debito offerendæ? Et 13 tamen ius illud † quod Senatus noſter in cauſa dotium ſingulari earum priuilegio, nec niſi concurrente paupertatis fauore induxerat, paulatim à pragmaticis noſtris tractum eſt ad omnes omnino creditores, quantumuis locupletes, adeóque quod magis mirum eſt, licèt alia ſint bona, ex quibus poſterioris creditoris indemnitati conſuli poſſit. Quæ res impugnat maximè vtilitatem non tantùm debitoris, ſed etiam aliorum creditorum poſteriorum, ſi qui ſint, quibus inauditis ea pignoris diſtractio fiat propter expenſas publicarum actionum, & laudimia, quæ ex iis debentur. Nemo enim dubitat quin ſi poſteà ex quacũque cauſa diſtractio, quæ bona fide facta eſt, per alios creditores reuocetur, reſtituendum ſit emptori quicquid illi abeſt, ſiue extraneus ille ſit, ſiue is ipſe creditor, qui pignus diſtrahi curauit. Vnde fieri neceſſe eſt vt tanto minus ſit in bonis debitoris, atque ita poſteriores creditores in damno morentur, quibus ſatisfieri fortaſſis potuiſſet, ſi ius commune inter priores locum habuiſſet. Etſi enim neque debitor neque poſterior creditor venditionem pignoris impedire poteſt *l.1.& tot.tit.Debit.vend. pign. imp. non poſſ.l.vlt.Cod.ſi antiq.credit.pign. vend.* æquum tamen eſt creditoribus omnibus, adeóque ipſi debitori conſuli, quantum fieri poteſt ex iuris communis ratione, neque prohibendus eſt anterior creditor, qui ius habet prohibendæ diſtractionis pignorum, quominus iure ſuo vtatur, ſi fauere velit debitori, ne noua ſumptuũ & laudimiorum acceſſione pauperior fiat. Quod verò 14 pragmatici † pro ſentẽtia ſua tuenda adferunt *legem Pro debito 7.C.de bon.autor.iudic.poſſid.* vbi ſcriptum eſt, ſingulis creditoribus ſatisfieri debere ex bonis debitoris pro menſura debiti, ridiculum eſt. Pertinet enim lex illa, vt & totus ipſe titulus ad chirographarios creditores, perſonalẽ duntaxat actionẽ 15 habẽtes, nõ ad hypothecarios. Nã inter chirographarios † nullus ordo eſt, cũ par ſit ius omniũ, niſi ſi qui ſint priuilegiarij ex priuilegiaria debiti cauſa. *l.priuilegia 42.D.eo.* Vnde etiã fit, vt qui ex creditoribus ſolus miſſus eſt in poſſeſſionem bonorum debitoris, omnium nomine miſſus intelligatur. *l. cùm vnus 12.D.de reb.autor.iudic.poſſid.* Nimirum pro ſui quiſque debiti menſura, 16 quòd Galli dicunt *à ſold & à liure.* At inter hypothecarios † ordo temporis ſeruatur, vt prioribus priore loco ſatisfieri oporteat, & quidẽ in ſolidum per ius offerendi, ſi inuitis iis poſteriores diſtrahi pignora velint, qui ſcilicet nec pignus vllum, vt diximus, habere intelliguntur, quandiu prioris creditoris ius ſubſiſtit, ſed dimiſſo demum priore creditore ius & pignus ſequentium confirmatur, niſi fortè quis eadem audacia contendere velit, Etiam chirographariis creditoribus nullam hypothecam habentibus, permittendum eſſe vt petant diſtractionem pignoris ab anteriore creditore poſſeſſi. Eadem enim hîc vrget æquitas illa, vt ſine anterioris creditoris incommodo cæteris ſatisfiat. Et tamen nemo non videt multo magis alienum id fore à iuris ratione, nec pragmatici ipſi negarent, ſi non ex chirographariis creditoribus facerent hypothecarios, inducendo tacitam hypothecã ex ſola chirographi agnitione, vt 17 ſcripſimus *in Error.1.* Meliùs facere pro pragmaticis † videtur, quod ſcriptum eſt in *l. quamuis 6.D.de pignor.act.* ſecundùm Attilicini ſententiam, cogẽdum ex cauſa creditorẽ vt pignus vẽdat. Quid enim, inquit lex, ſi multo minùs ſit, quod

quod debeatur,& hodie pluris vænire poſſit pignus,quàm poſteà ? Sed obſeruandum eſt,primùm ſententiam illam Attilicini eo loco reprobari à Triboniano,cui inhumanum videtur cogi creditorem pignus vendere: at melius eſſe vt debitor ipſe vendat,& creditori ſatisfaciat. Quis autem permittat poſteriori creditori vt vendat,cùm nec dominium habeat,nec pignus,vt dixi niſi poſt dimiſſos anteriores creditores ? Deinde ita ſenſiſſe Attilicinum vno illo caſu quo debitor ſoluendo non eſſet,id eſt debitum offerre non poſſet. Item quo non poſſet pignus alio tempore tanti venire. Itaque vel ex illo maximè
loco pragmaticorum error conuincendus eſt. Sanè temperamentum † ſaltem 18
hoc pragmaticis quoque placere deberet,vt eo demum & vno caſu poſſet creditor poſterior diſtractionem pignoris petere inuito anteriore : quo per egeſtatem impediretur,ne offerre poſſet,nec alia bona eſſent debitoris,in quæ hypothecariam exercere liceret,nimirum vt à iure communi quàm minimùm fieri poſſet,recederetur,arg. *d l.quamuis* 6.D.*de pignor.act.* De qua ſi plura videre voles,legenda ſunt quæ ſcripſi *lib.*8.*Coniect.cap.*18.

ERROR QVINTVS.

De pignoris venditione facta per creditorem iure creditoris.

SVMMARIA.

1 *Quomodo differat pignoris venditio quæ fit à creditore iure creditoris, ab ea quæ fit autoritate iudicis poſtulante creditore.*

2 *Caſus quo is qui non eſt dominus dominium nihilominus transferre poteſt.*

3 *Cur vendito pignore autoritate iudicis ad poſtulatum creditoris, creditoribus poſterioribus ius offerendi competat aduerſus emptorem etiam extraneum.*

4 *Creditor quando poſſit rem pignoratam emere.*

5 *Si læſio in pretio pignoris autoritate iudicis venditi vltra dimidiam interuenerit, cur poſteriores creditores non neceſſe habeant implorare auxilium nouæ conſtitutionis ad reſcindendam venditionem.*

6 *Intra ſemeſtre Statuto Sabaudiæ creditores poſteriores poſſunt luere pignus venditum autoritate iudicis.*

7 *Id verò non obtinet quando pignus à creditore iure creditoris diſtractum eſt & cur, num.*8.

9 *Error pragmaticorum arbitrantium eum iure creditoris pignus vendere quo poſtulante venditio fit publica auctione.*

SEPARANDA † eſt pignoris venditio quæ fit à creditore iure crediti- 1
toris ab ea quæ fit authoritate iudicis poſtulante creditore.Priore caſu ſi venditio ritè rectéque facta ſit, id eſt non ſolùm pro debito , ſed etiam ſeruatis ſolennibus. *l.* 4.*C. de diſtr.pign.l.*4.*C.ſi vendit.pignor.agat.*ſecurus eſt emptor,nec ab aliis creditoribus poſterioribus inquietari poteſt.*l.* 1.*C. ſi antiq.cred.pign.vendid.*licèt alioqui futurũ ſit vt morentur in damno , quia nõ aliud ius habere poſſunt , quàm quod ſibi quæſierint ex perſona debitoris. Emptor autem non à debitore ius habere intelligitur , ſed à creditore qui ipſe vendidit & quidem ſuo iure , quique tametſi dominus non fuerit, plenum tamen dominium tranſtulit in emptorem,quia vendidit ex voluntate debitoris qui dominus fuit.*l.qui à creditore.*18.*C.de diſtract.pignor.* Hic enim vnus caſus
eſt ex iis,in quibus ille † qui non eſt dominus tráſferre dominium nihilomi- 2
nùs poteſt. *§.* 1.*Inſtit. quib.alien.lic. vel non.* Et ad hunc caſum pertinent leges omnes quæ ſunt ſub titulis. *C. de diſtract. pignor.Si antiq.credit. pignor.vendid. Credit. pignor. euict. non deber. Si vendit. pignor. agat.* Poſteriore verò caſu

3 creditoribus poſterioribus offerẽdi ius cōpetit† aduerſus emptorẽ etiam extraneum *l.3.§.1.de diſtract. pignor.* quia emptor non à creditore, quo poſtulante facta venditio eſt, ſed à debitore ipſo cauſam habere intelligitur. Factum enim iudicis cuius autoritas interuenit, cenſetur factum partis, id eſt debitoris, cuius res eſt quæ diſtrahitur, haud ſecus ac ſi ipſius quoque iudicis autoritate pignus conſtitutum eſſet. *l.1.& 2.C.ſi in cauſ.iudic. pign.capt.ſit.* Vnde illud etiam fit, vt euicta re vendita debitor de euictione teneatur, perinde ac ſi ipſe vendidiſſet *l.ſi ob cauſam. 13. C. de euict.* Item vt quamuis creditor,
4 qui† pignoratam rem vẽdit iure creditoris, eam ipſe emere aut per ſe, aut per alium nequeat, tamen emere ſine dubio poſſit ſi debitor ipſe aut iudex nomine debitoris diſtrahat *l.& qui ſub imagine.10. C. de diſtract. pignor.* Ergo ſi læ-
5 ſio† in pretio vltra dimidiam interuenerit, neceſſe non eſt creditores poſteriores implorare auxilium nouæ conſtitutionis ad reſcindendā ex ea cauſa venditionem, quomodo debitori neceſſe eſſet. *l.2. C. de reſcind.vendit.* quia ſaluum habent ius commune, quod non ſimiliter contingit ſuperiore caſu, id eſt facta per creditorem ipſum venditione proprio iure, quoniam neque offerendi ius vllum ſupereſt. *d.l.3.in princip.l.2.C.ſi antiq.credit.* neque venditionem ab alio factam reſcindere alius poteſt qui à venditore ipſo nullum ius habeat, poſteriores autem creditores ab anteriore nullum ius habent. Similiter dicen-
6 dum eſt intra ſemeſtre† quod ſtatuto noſtro debitoribus datū eſt ad redimenda pignora, quæ iudicis autoritate diſtracta fuerūt, ius eſſe poſterioribus creditoribus luendi pignoris & offerendi emptori quicquid ei abeſt, cum legitimis acceſſionibus, quia vt confirment ſuum pignus vti poſſunt iure debitoris *l.1 C.qui potior.in pign.hab.* Debitor autem totum illud tempus liberum
7 habet ad pignus redimendum. At ſi venditio† pignoris ab ipſo creditore facta eſſet, iure creditoris nullum luendi, aut vt melius dicam redimendi pignoris ius haberent poſteriores creditores, quia nec debitor haberet, cùm ſemeſtre illud ſtatutarium ad publicas tantùm auctiones pertineat, quæ ipſius debitoris nomine fiunt, non etiam ad cæteras, quia nec redimendi ius habere alius poteſt, quàm qui vendidit, aut qui cenſetur iure venditoris. Et ſane fuit æ-
8 quiſſimum† agi mitiùs cum debitore, cuius inuiti factum iudex ſupplet in vẽdendo pignore, quàm cum eo cuius factum & conſenſus interceſſit, non quidem in vendendo, ſed in danda creditori licentia vendendi, quam vtique dediſſe videtur illo etiam caſu quo nihil de vendendo pignore dictum eſt, dum ne in contrarium nihil dictum ſit, *l. 4. D. de pignor. act.* ſibi enim imputet, qui cum creditore ſic contraxit, eique venditionis faciendæ ius & facultatẽ aut dedit, aut non abſtulit, cùm poſſet id facere per conuentionem *l.3. D.quæ res pignor.* Adeò vt etiam ſi creditoris dolus & colluſio interceſſerit in vendendo, nihil tamen aduerſus emptorem conſtitui debeat, quamdiu creditor ipſe indemnitati præſtandæ idoneus eſt. *l.1. 3. 4. & 8. C. ſi vendit.pign.agat.l.ſi ceſſante.7.C.de diſtr.pignor.* quia iuſtius eſt debitori teneri eum qui cum debitore cōtraxit, quàm eum qui non contraxit. Pragmatici† tamen noſtri manifeſta
9 iuris ignoratione diſtinctionem hîc nullam admittentes ſic paſſim loquuntur, vt dicant Iure creditoris eum vendere quo poſtulante venditio fit publica auctione. Indéque alij errores quàm plurimi naſcuntur, dum leges quæ de creditore diſtrahente tractant, ad eum caſum accommodant, quo venditio fiat per iudicem nomine debitoris poſtulante creditore.

ERROR

ERROR SEXTVS.

De iterata pignoris venditione.

SVMMARIA.

1 *Qui emit à creditore vendente iure creditoris ſecurus eſt, nec à debitore, aut poſterioribus debitoris creditoribus inquietari poteſt*

2 *Exceptio.*

3 *Si poſtulante creditore pignus autoritate iudiciali diſtractum ſit, poſterioribus creditoribus ſalua manet pignoris perſecutio.*

4 *Idq; ſiue creditor ipſe emerit, ſiue alius extraneus.*

5 *Differentia inter caſum quo debitor priuata pactione pignus diſtrahit, & eum quo apparitor iudicis nomine debitoris imperante iudice & poſtulante creditore.*

6 *Inter priuatas & publicas venditiones quid interſit.*

7 *Error pragmaticorum denegantium iteratam pignoris iam rite venditi diſtractionem, niſi laeſi immodica vel ſimilis quapiam, ratio vrgeat.*

8 *Eos perperam allegare pro ſua ſententia l. 2. C. ſi antiq. cred. pign. vend.*

9 *Statutum Sabaudiae ad quae pignora redimenda indulgeat ſemeſtre.*

10 Pragmaticorum error.

11 *Ad ſimilitudinem executionis iudicati pignus conuentionale ex authentico inſtrumento diſtrahi ſolet.*

12 *Inſtrumenta guarentigiata vim habent ſententiae & condemnationis*

13 *Tituli Dig. & Cod. de diſtract. pignor. ad quas diſtractiones pertineant.*

14 *Sententia l. ſi in hoc. 14. C. de diſtract. pign.*

15 *Vendito pignore à poſteriore hypotheca perſecutio priori creditori ſalua manet.*

16 *Exceptio.*

PROXIME diximus, eum qui emit † à creditore vendente iure credi- 1
toris ſecurum eſſe, nec à debitore aut poſterioribus debitoris credi-
toribus inquietari poſſe: idque veriſſimũ eſt *l. 1. & 2. C. ſi anti. credit.*
pign. vendid. l. 3. in princip. D. de diſt pignor. Vnus ille tantùm caſus † excipien- 2
dus eſt, ſi contra bonam fidem, nec ſeruatis ſolennibus creditor vendiderit.
puta ignorante aut aliter circumuento debitore, & emptor fraudem participa-
uerit *l. 4. C. de diſtr. pignor.* iunct. *l. pen. C. ſi vend. pign. agat.* Nimirum ſi cre-
ditor non ſit ſoluendo ad indemnitatem debitori praeſtandam. Sic enim id
accipi debere conſtat ex *l. 1. & 3. eod. tit.* Nam hoc caſu ſicuti competit actio
debitori ad reuocanda ea omnia, quae mala fide geſta eſſe cõſtiterit, ita vt fru-
ctum quoque & damni quod irrogatum apparuerit rationem haberi opor-
teat, ita poſterioribus creditoribus ab eo debitore cauſam habentibus proſpi-
ci aequum eſt vt eodem iure vti, & ex iterata pignoris diſtractione ſuum con-
ſequi poſſint. Et quod ſcriptum eſt in *d. l. 1. C. ſi antiq. credit. pign. vend.* Ven-
dito per anteriorem creditorem pignore, perſecutionem hypothecariã po-
ſteriori ſupereſſe non poſſe, nemo dubitat quin non aliter abſolutè verum eſſe
poſſit, quàm ſi prior venditio ritè, rectéque facta ſit. Licèt etiam tùm
cùm malè facta eſt, dolum quoque participante emptore, hactenus emptori
faueamus, vt non priùs inquietari eum patiamur, quàm conſtiterit indemni-
tatem debitori eiuſue creditoribus caeteris, ab ipſo creditore qui malè ven-
didit, praeſtari non poſſe. At cùm poſtulante † creditore pignus autoritate iu- 3
diciali diſtractum fuit (qui frequentiſſimus noſtris temporibus diſtrahendo-
rum pignorum mos eſt: vix enim vſuuenit vt creditor vendat iure creditoris,
quamuis ſuo iure liberam habeat etiam cùm nihil dictum eſt, diſtrahendi pi-
gnoris facultatem. *l. 4. D. de pignor. act.*) quemadmodum debitor ipſe non cre-

Digitized by Google

ditor vendere intelligitur, ita euenire neceſſe eſt vt perinde ſalua ſit perſecutio pignoris poſterioribus creditoribus aduerſus emptorem quo pignus iam ſemel venditum, quantumuis bona fide iterum diſtrahatur, ac ſi ab ipſo debitore vel venditum eſſet vel datum in ſolutum. Quod ſi factum fuiſſet, vtique dubitari non oporteret quin facto debitoris adempta poſteriori creditori actio non eſſet. Neque enim fieri vnquam poteſt vt quis facto ſuo alienam perimat actionem, aut vt debitorum pactionibus creditorum iuri derogetur, *l. debitorum.25.C.de pact.l. 3. & paſſ. C. de remiſſ. pignor.* Nec diſtinguemus an
4 creditor † ipſe vice extranei emerit quaſi in ſolutum accepto pignore, vt in *l. 1. & 2.C.ſi in cauſ.iudic.pign.capt.ſit.* an alius omnino extraneus. Nam & ſi debitor anteriori creditori pignus in ſolutum dediſſet, non idcirco perſecutionē hypothecariam poſteriori creditori competentem, aut potiùs offerendi ius (quod ſolū competit ante oblationem & obſignationem debiti, quæ ipſa demum inducit hypothecam & hypothecariam pro ſecundo creditore) peremiſſe diceretur, non magis quàm ſi aut alij prorſus extraneo vendidiſſet, aut poſteriori creditori in ſolutum dediſſet. *d.l.1.C. ſi antiq. credit. pign. vendid. d.l.3. D.de diſtr.pig.* Sicut &, ſi primo creditori ſecundus obtuliſſet, atque ita pignus confirmaſſet, aut à primo creditore ritè comparaſſet, non eo minùs ſecundo creditori tertius offerre poſſet, quamuis emptionis titulo ſecundus tenuerit pignus, quia non tam acquirendi dominij, quàm ſeruandi & confirmandi pignoris ſui cauſa pecuniam dediſſe intelligitur, *l. cùm ſeruandus. 5. §. 1.l.ſeq eod.* quod etiam obtinet in eo qui ſucceſſit in ius fideiuſſoris. *l. 2. eod.* Imò & in fideiuſſore qui emit à creditore. Hic enim licèt emerit, non tamen ſimilis habendus eſt extraneo emptori. *l ſi mandatu.59.§. 1. D. mandat.* Quid autem referre poteſt an debitor ipſe priuata pactione pignus diſtrahat, an apparitor iudicis, nomine debitoris imperante iudice, & creditore requirente?
5 Differentia † tantùm in eo eſt quòd hoc poſteriore caſu venditio publicè fit, ſolet autem publicarū venditionū maior eſſe vis, non ſolùm propter interuenientem iudicis autoritatem, ſed etiam quia cæteri creditores cùm ſcire potuerint id quod publicè fiebat, intercedere pro ſuo iure ſibiq; proſpicere potuerunt, non ad impediendam pignoris venditionem, quam creditor anterior vrgeret (nō magis enim poſſunt impedire quàm ipſe debitor, vt ſuperiore capite dictum eſt) ſed pluris licitando, aut alium emptorem ſubiiciendo pluris licitaturum, vt ex pretio vtrique creditori commodè ſatisfieri poſſet: quòd ſi non fecerint, videri poſſunt ius ſuum remiſiſſe, quomodo & ij omnes, qui rem ſibi obligatam diſtrahi non ſolùm patiuntur, ſed etiam cōſentiunt, *l. ſicut 8. § non videtur. D. quib. mod. pig. vel hypoth. ſoluit.* Etſi enim cùm priuata venditio fit, non ex eo ſolo vis pignoris extinguitur, quòd creditor venditioni adfuerit eámque ſciuerit, niſi etiam expreſſim conſenſerit, quia poteſt dicere ideò ſe adfuiſſe & tacuiſſe quòd ſciret ius ſuum durare *d. §. non videtur.*
6 Tamen inter † priuatas & publicas venditiones hac parte intereſt hactenus vt qui publicam venditionem ſciuit ſi ius ſuum executus non ſit, illud remiſiſſe intelligatur, licèt fuerit anterior creditor, multò magis ſi poſterior fuit: alioqui facilè decipiuntur ij qui ad publicas auctiones accedendo fidem publicā ſequuntur *l. ſi hypothecas. 8. C. de remiſſ. pignor.* iunct. *l. ait prætor. 7. §. quæſitum. D. de minor.* Verùmenimuerò conſtat hoc tum demum rectè dici cùm & programmate admoniti ſunt creditores vt venditioni pignoris adeſſent, & adfuerunt. Alioqui non poſſunt videri obligationem pignoris remiſſe, qui nec admo-

admoniti, nec præſentes fuerunt cùm vox præconis, vt dici ſolet, paucis innoteſcat. *l.ſi eo tempore 6.C.de rem. ſ.pignor.* quamquam ſi præſentes fuerunt, nil neceſſe eſt admonitionem præceſſiſſe vt ius ſuum remiſiſſe videatur. Nõ enim certioràtus eſt qui ſcit. *l.1.§.vlt.de act. empt.* Igitur nõ nocebit poſterioribus creditoribus venditio pignoris facta nomine debitoris iubente iudice & poſtulante creditore anteriore, ſi cùm illa fieret ipſi ignorauerunt, nec ius ſuum exequi potuerunt. Proinde poſtulare poterunt vt idem pignus iterum diſtrahatur, ſi fortè alius emptor inuenietur qui pluris licitari velit. Sed ita vt non priùs emptori poſſeſſio auferatur, quàm ipſi prorſus ſatisfactum ſit & redditum quicquid ei abeſt tam precij nomine quàm acceſſionum. Contra tamẽ vulgo pragmatici† ſentiunt, exiſtimantes non aliter permittendum eſſe 7
vt pignus iam ritè & ſeruatis ſolẽnibus venditum iteratò diſtrahatur, poſterioribus creditoribus vrgentibus, quã ſi magna aliqua æquitas ita fieri poſtulet, vt puta ſi læſio immodica & vltra dimidiam interuenit, nec alia ratio ſit conſulendi indemnitati creditorum. Quam in rem † abutuntur *l.2.C.ſi antiq.credit.pig.vendid.* vbi ſcriptum eſt, *Obligata pignoris iure, creditore rectè diſtrahente, debitore in poſtea emptori precium offerẽtem, vel creditori quod debuit euincere non poſſe.* Sed iam monuimus in ſuperioribus, legem illam vt & totũ titulum ad eas pignorum venditiones pertinere, quæ à creditoribus fiunt iure creditorum, non ad illas quæ fiunt per autoritatem iudicis nomine debitoris, poſtulante creditore, quarum diuerſam eſſe rationem conſtat ex *l.1.eod. tit.* non quidem quod ad debitorem ipſum attinet, qui factum iudicis non minùs quàm ſuum proprium ratum habere cogitur: ſed quod ad poſteriores creditores qui licet à debitore ipſo ius habeant, in hoc tamen melioris condicionis ſunt, quod neque eorum nomine, neque iis vocatis & præſentibus facta venditio eſt. Et ideo nõ magis nocere iis debet quod à iudice debitoris nomine factum fuit, quàm ſi à debitore ipſo iis ignorantibus factum eſſet. 8
Sed & quod ad debitorem attinet hodie multum refert, an debitor ipſe diſtrahat, aut eius nomine apparitor iudicis, an verò creditor iure creditoris, non equidem ſi iuris ciuilis rationem inſpicias, ſed propter ſtatuti noſtri ius nouum, quod debitoribus† ſemeſtre dat ad redimenda pignora quæ iudiciali 9
autoritate diſtracta ſunt, non etiam ad redimenda ea quæ ex creditoribus quiſpiam iure ſuo vendiderit, vt ſuperiore capite diximus. Errant† itaque toto cœlo pragmatici, qui ad venditiones illas, de quibus ſtatutum noſtrum loquitur, accommodant eas leges, quæ de vẽditionibus per creditores iure proprio factis loquuntur. Accommodare potius deberent *Tit. C.ſi in cauſſ.iudic. pig.capt.ſit*, & quæ Vlpianus ſcribit in *l.à Diuo Pio 15. D.de re iud.* Etſi enim loci illi loquũtur de pignoribus captis in executione iudicati & ipſa iudicis autoritate, non ex conuentione conſtitutis, tamen cùm de pignorum diſtractione agitur quę fit imperio iudicis, nihil omnino refert an à iudice ipſo an à debitore conſtitutum fuerit pignus, niſi quòd præcedente conuentione pignoris, nil neceſſe eſt conſtitui pignus & capi à iudice, ſed quod conuentio conſtituit, capiendum eſt. Nec quòd citra ſententiam vllam iudicis pignus conuentionale, ex publico, & authentico inſtrumento diſtrahi ſolet, ad rem facit. Id enim fit †ad ſimilitudinem executionis iudicati, poſtquam ſtatuti poteſtate inductum eſt vt inſtrumenta publica, & vt noſtri vocant guarentigiata† habeant vim ſententię & condemnationis: ac ſi is qui coram notario & teſtibus profeſſus eſt ſe debere, confeſſus eſſet in iure & apud iudicem ſe debi- 10 11 12

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

torem,quo caſu vtique pro condemnato haberetur.*l.1.D.de confeſſ.* Itaque in cauſſa iudicati pignus capi intelligitur,quod capitur in executionem inſtrumenti guarentigiati conuentionem pignorum continentis: nam & hoc caſu iudicis autoritas neceſſaria eſt,ad permittendam pignoris diſtractionem (niſi cùm executio fit ex diplomate principali quod De debitis appellant.)Hęc ſola differentia quòd hoc caſu pignus non conſtituitur per capionem vt pote iam conſtitutum per conuentionem,quod tamen ſi conuentio nulla ſubeſſet
13 per capionē ipſam cōſtitueretur.Certè tituli† illi D.& C.*de De diſtract.pign.* nō ad alias diſtractiones pertinent quàm quę fiunt à creditoribus iure creditorum,vt & proximo capite monuimus.Frequentiſſima enim erat, ne dicam aſſidua,conuentio illa inter debitorem & creditorem,vt creditori pignus diſtrahere liceret,quę & cùm omiſſa eſt,habetur pro expreſſa,adeò vt nec abſolutè conuenire poſſit ne liceret, nec rurſum valeat pignus quod per creditorem diſtrahi non poteſt *l.4.5.& 6.D.de pignor.act.* Et miror hanc diſtrahendi pignoris formam in deſuetudinem abiiſſe, cùm creditoribus longè vtiliſſima ſit. Niſi fortè deſuetudini cauſam illud dedit quòd cùm non ſemper pignorum emptores inueniantur, intereſt criditoris vt poſſit ipſe per ſe emere,aut per alium; quod facere non poſſet ſi ipſe venderet iure creditoris: neque enim poſſet idem eſſe emptor & venditor, vt in ſuperioribus
14 diſputauimus. Nec ad aliam diſtrahendi pignoris ſpeciem referendum eſt, quod ſcriptum legimus † in *l. ſi in hoc 14. Cod. de diſtract. pignor.* Si in hoc quod iure debetur ſatisfactum non fuerit creditori, debitore obligatas res poſſidente,aditum præſidem prouinciæ iuſſurum diſtrahendi facultatem fieri creditori. Senſus enim eſt, partes iudicis eas eſſe debere, vt iubeat reſtitui pignoris poſſeſſionem creditori,quò poſſit ille pignus diſtrahere ſuo iure. Nec enim creditor pignus vendere poteſt, eiuſque dominium transferre in emptorem,niſi prius poſſeſſor factus, vt emptorem ſubinde poſſit inducere in vacuam poſſeſſionem,quomodo ſcriptum eſt in lege præcedente. Nam multo facilius eſt vt qui dominus non eſt, alium faciat dominum per poſſeſſionis tranſlationem,quàm vt qui dominus eſt in alium transferat do-
15 minium ſine poſſeſſione. Planè ſi proponas venditum eſſe † pignus à poſteriore creditore,licèt iure creditoris,nemo tamen idcirco negauerit hypothecæ perſecutionem anteriori ſaluam fore, quia non potuit debitor paciſcendo cum poſteriore creditore deteriorem facere conditionem anterioris:at neque pignori obligare rem quæ iam anteà alteri erat obligata, niſi dimiſſo priùs anteriore creditore *l.& quæ nōdum 15.§.qui res ſuas. D.de pignor.*
16 Niſi proponas anteriorem†illum creditorem cùm publico programmate admonitus & præſens eſſet, ius ſuum executum non fuiſſe.Tunc enim pignus ſuum remiſiſſe intelligeretur *dicta l.ſi eo tempore 6.C.de remiſſ. pignor.* Quare nec hoc caſu quicquam intererit an creditor poſterior pignus vendiderit iure ſuo,an vendi tanquam ex debitoris perſona curauerit. Eáque diſtinctio ſolo illo caſu adhibenda eſt quo anterior creditor vendiderit. Nam neque fieri poteſt vt poſterior qui ignorante anteriore idem pignus & accepit, & vendidit, iure ſuo & rectè id fecerit,quia nec pignus vllum habere creditur quouſque ius ſuum confirmauerit, quod ipſum non aliter facere poteſt quàm ſublato prioris pignoris vinculo,id eſt, vt iam diximus anteriore illo creditore dimiſſo.

ERROR.

ERROR SEPTIMVS.

De dolo in re ipſa, & Dolo ex propoſito.

SVMMARIA.

1 *Inter enormem læſionem & enormiſſimam differentia prima à pragmaticis aſsignata.*

2 *Differentia ſecunda.*

3 *Differentia tertia.*

4 *Enormiſsima læſione interueniente, & venditionem nullam eſſe ipſo iure, & fructus omnes à die contractus perceptos reſtituēdos eſſe contendunt pragmatici.*

5 *Læſio quantumlibet immodica nihil commune habet cum cauſa doli, aliiſque remediis dolus, aliis læſio vindicatur, contra pragmaticos.*

6 *Contrahentibus licet naturali ratione vt ſe in pretio decipiant*

7 *Dolus emptoris qualitate facti non quantitate pretij æſtimatur.*

8 *Etiam cū ſupra dimidiā læſio interuenit, cōtractus nihilominus valet, cōtra pragmaticos: imò ne quidē ex ea cauſa reſcindendus eſt.*

9 *Enormiſsima læſione interueniente, iubetur emptor condictione ex lege & officio iudicis vel fundum reſtituere pretio recepto, vel quod iuſto pretio deeſt, ſupplere.*

10 *Ex empto poteſt dari actio ad corrigendam venditionem, ſicut & ad diſtrahendam.*

11 *Reſtitutio in integrum non eſt neceſſaria ad reſcindendam venditionem ſi immodica læſio interuenerit, ſecus verò ſi dolus.*

12 *ſententia l. ſi quis cum aliter 36. de verb. obligat. & nu. 24.*

13 *Si immodica læſio in tranſactione interuenerit, non datur reſtitutio in integrum, ſecus verò ſi dolus, ex conſtitutione Sabaudiæ Ducis.*

14 *Lapſus pragmaticorum & interpretum.*

15 *Is demum dolus facit contractum bonæ fidei ipſo iure nullum, qui dedit cauſam contractui, non qui incidit in contractum.*

16 *Quis dolus dicatur dare cauſam contractui, quis verò incidere in contractum & inducere reſtitutionem.*

17 *Reſtitutio præſupponit contractum tenere.*

18 *Impetrata reſtitutione fructus percepti à die contractus, ſunt venditori reſtituendi.*

19 *Cùm ab initio contractus tenuit, fructus à die tantùm litis conteſtatæ reſtitui volunt pragmatici, & cur.*

20 *Dolus in re non dat cauſam contractui, nec facere poteſt vt contractus ab initio non valeat.*

21 *dolus qui in pretij & æſtimationis modo interuenit incidere dicitur in contractum, nō dare cauſam cōtractui.*

22 *Explicatio ſententiæ l. ſi ſuperſtite 5. C. de dol. vulgò malè intellecta.*

23 *actio de dolo in perſonam eſt & infamiam irrogat, ideoq; nec inter quoſlibet competit.*

25 *Cur Vlpian. in l. ſi quis. 39. D. de verb. obl. exceptionem doli accommodat ei qui dolum in re ipſa tantùm paſſus eſt.*

27 *Reſtitutiones pro minima cauſa non conceduntur.*

28 *Doli diſtinctio in verum & præſumptum eſt commentitia.*

IMMODICAM, &, vt vocant, enormē læſionem ab enormiſſima diſtinguere noſtri ſolent. Enormem illā intelligūt quę 1
eſt vltra dimidiā iuſti precij: de qua in *l. 2. C. de reſcin. vēdit.*
Enormiſſimā verò quæ excedit beſſem. Enormem fatētur 2
nihil commune habere cum dolo. Facilè ſiquidem fieri poteſt, vt immodicè quis læſus ſit in contrahendo etiam citra dolum. At ex enormiſſimæ læſione induci aiunt dolum in re ipſa, eúmque dolo ex propoſito æquiparari, ex *l. ſi quis cū aliter 36. de verb. oblig.* Indéque inferūt, in omnibus cauſis eādē eſſe rationē doli & enormiſſimæ læſionis, quaſi parū referre debeat an dolꝰ malꝰ in re ipſa, an ex propoſito
interuenerit. Itaque cū admittāt, quod & veriſſimū eſt, immodica dūtaxat læ- 3
ſione intercedēte reſcindēdā eſſe vēditionē beneficio nouæ cōſtitutionis *l. 2. C. de reſcind. vēdit.* Si tamē læſio enormiſſima interuenerit, negāt valere ven-

4 ditionẽ,defendũtque nullã † eſſe ipſo iure,non ſecus acſi dolus ex propoſi-
to venditioni cauſam dediſſet *l.& eleganter 7.D.de dolo.* Ex quo etiã colligũt
fructus omnes quoſquos emptor à die cõtractus perceperit, reſtituendos eſſe
venditori,quaſi nullo iure,nullóque titulo perceptos,vtpote titulo,qui vali-
dus putabatur,ad non titulum redacto. Quinimo quod magis mirũ eſt,idem
iuris conſtituunt,etiamſi iuſiurandũ acceſſerit. Nam quòd hoc caſu non ſo-
lùm à iureiurando abſolui per epiſcopũ debet is qui iurauit, ſed etiã neceſſa-
ria ei eſt reſtitutio in integrum ex reſcripto Principis, ad reſcindendã vẽdi-
tionẽ,ex moribus Galliæ ad nos tranſlatum videtur,ærarij potiùs locupletan-
di cauſa,quàm ex neceſſitate.& quomodo pragmatici loquuntur, vt quod de
facto proceſſit, de facto etiam reſcindatur,non vt eo minùs contractus ipſo
iure nullus exiſtimetur. Ego verò ſemper credidi læſionem † quantũlibet
5 immodicam, nihil cõmune habere cum cauſa doli, aliiſque remediis dolum,
aliis læſionem vindicari.Generaliter enim indefinitè verum eſt, contrãhen-
tibus † licere naturaliter,id eſt, naturali ratione,vt ſe in precio decipiant. *l. in*
6 *cauſæ 25.§.idem Pomponius.*D.*de minor.l.itẽ quæritur 13.§.vlt.*D. *de locat.* & ad
reſcindendam venditionem malæque fidei probationem hoc ſolùm non ſuf-
ficere,quòd magno precio fũdus cõparatus minoris diſtractus fuerit *l.ad re-*
7 *ſcindendam 4.C.de reſcind vendit.* Dolus † enim emptoris qualitate facti, non
quantitate precij æſtimatur *l.dolus 10.eod.* Nec admittenda eſt diſtinctio illa
noſtrorum interpretum, An infra an ſupra dimidiam alteruter contrahentiũ
8 læſus ſit.Nam & cùm ſupra dimidian.† læſio interuenit,contractus nihilomi-
nus valet,tametſi bonæ fidei ſit,nec magis audiendus eſt venditor, qui duplũ
precij offert emptori *l.non eſt probabilis.6. eo.* Neque ſi enormiſſima læſio fuit,
vllo tamen iuris loco proditum eſt contractum non valere: At ne quidem
ex ea cauſa reſcindendum eſſe.Hactenus ſanè receditur ab eo quod in emen-
do & vendendo actum dictúmque eſt,vt iubeatur † emptor vel fundum reſti-
9 tuere precio recepto,vel ſi malit,quod iuſto precio deeſt ſupplere *d.l. 2.* C. *de*
reſcind.vendit. Sed id fit non per contractus reſciſſionem,aut impetrata in in-
tegrũ reſtitutione,at condictione ex lege & officio iudicis actioni bonæ fidei
addicti,vt oſtendunt verba illa legis *autoritate iudicis intercedente.* Prætoris
enim fuiſſet,non iudicis,dare in integrum reſtitutionem, ſi auxilium reſti-
tutionis neceſſarium eſſet,vt contingit cùm ex cauſa doli venditio reſcin-
10 denda eſt *d.l.dolus.* Neque nouum eſt vt ex empto † actio detur ad corrigendã
venditionem, quippe quæ daretur & ad diſtrahendam, *l.ex empto.11.§.is qui*
11 *vina* D. *de action.empt.* Quòd ſi reſtitutio † non eſt neceſſaria ad reſcindendam
venditionem,cùm læſio tantùm enormis interuenit,multò minùs erit neceſ-
ſaria ſi læſio enormiſſima fuit,& tamen neceſſaria eſt cùm dolus interceſſit *d.*
l.dolus. Ergo non bene læſio enormiſſima comparatur dolo.Et ſanè an læſio
vltra dimidiam,an vltra beſſem interuenerit nulla vnquam lex diſtinxit. Nã
12 quod Vlpianus † ſcripſit in *dict.l. ſi quis cum aliter 36.de verb.oblig.* aliquando
rem ipſam in ſe dolum habere,& eo caſu perinde doli mali exceptionem ſti-
pulanti nocere,ac ſi dolus eius interueniſſet, non ad hunc caſum referendum
eſt quo læſio enormiſſima in precio interceſſerit, ſed ad alios pleroſque in-
numeros,in quibus accidere poteſt,vt res ipſa in ſe dolum habere videatur,
vt puta ſi ſtipulatio facta ſit ſine cauſſa,vt in *l. 2. §. circa.D.de dol.mal.except.*
aut de ea re cuius ſtatus iam tum cùm ſtipulatio interpoſita eſt, mutatus fue-
rit ignorante tam ſtipulatore,quàm promiſſore. Et aliis huiuſmodi caſibus
quibus

quibus euenit vt quamuis ſtipulator nihil ab initio dolo fecerit, tamen doli
exceptione repelli debeat, quia hoc ipſo facit dolo quod iure petit, vt Vl-
pianus ait. Eſt autem neceſſaria doli exceptio, quia ſtipulatio non eo minùs
tenet, cúmque ſit ſtricti iuris non poteſt ei exceptio doli ineſſe, ſicut inehet
bonæ fidei iudicio, vt dolus ipſo iure vindicetur. *l. ſed etſi* 21. D. *ſolut. matrim.*
Quantũ autẽ diſtet enormiſſima † læſio à dolo, ex eo quoque apparet quod e- 13
dicto ſereniſſimi Ducis noſtri Emanuelis Philiberti ante Cal. Nou. 1577. pro-
hibitum eſt, ne qua poſthac reſtitutio in integrum detur aduerſus trãſactionẽ
prætextu quantumlibet enormis & immodicæ læſionis, quam tamẽ Princeps
optimus idémque iuris religioſiſſimus ſaluam eſſe voluit ſi quid dolo malo
alterutrius tranſigentium factum proponatur. Sed & quàm grauiter nõ mo-
dò pragmatici noſtri, ſed etiam interpretes † errent in eo quod ex enormiſ- 14
ſima læſione inferunt dolum in reipſa, qui dolo ex propoſito æquipare-
tur, indéque colligunt ipſo iure nullam eſſe venditionem, in qua læſio enor-
miſſima interuenerit, adeò vt fructus quoque reſtitui oporteat, conſtat ex eo
quod etiamſi dolus ex propoſito in emptione & venditione interueniſſet,
dummodò cauſam contractui non dediſſet, id eſt, dum ne deceptus eſſet alter-
uter in hoc ipſo vt contraheret, venditio tamen valeret, fructúſque fierent
emptoris tanquam bonæ fidei poſſeſſoris, nec vnquam reſtituerentur,
etiam reſciſſa venditione, niſi qui à die litis conteſtatæ percepti eſſent. Quia
non quilibet dolus † facit contractum bonæ fidei ipſo iure nullum, ſed is de- 15
mum qui dedit cauſſam contractui, non qui incidit in contractum *d. l. & e-
leganter* 7. *D. l. ſi res æſtimata.* 12. §. 1. D. *de iur. dot.* Cauſſam verò con-
tractui † dat ſolus ille dolus per quem fit vt quis contrahat qui aliàs non eſſet 16
contracturus. Alius quilibet dolus incidere dicitur in contractum & induce-
re reſtitutionem *tot. tit. De dolo*, *& d. l. dolus* 10. C. *de reſcind. vendi.* Re-
ſtitutio † autem præſupponit cõtractum tenere, cùm per reſtitutionem ſit re- 17
ſcindendus. Neque enim reſcindi poteſt id quod ipſo iure non tenet. Etſi
autem impetrata reſtitutione † ita ius eſt, vt fructus omnes non à die tãtũ li- 18
tis conteſtatæ, ſed à tempore initi contractus perceptos reſtitui oporteat vẽ-
ditori, & viciſſim emptori vſuras legitimas precij ſoluti, vt omnia in priſti-
num ſtatum reponantur. *l. quod ſi minor.* 24. §. *reſtitutio l. patri.* 27. *ſi pecuniam.*
D. *de minor.* alio tamẽn iure pragmatici † vtuntur nec niſi à die litis conteſta- 19
tæ fructus reſtitui patiuntur, cum ab initio contractus tenuit, quaſi in eum
vſque diem bona fides durauerit, quæ lucrum fructuum adferre debeat poſ-
ſeſſori, quomodo obſeruari ſolet, nõ ſolũ ſi ex capite doli, vel metus, vel enor
mis læſionis, ſed quod magis mirum eſt etiamſi ex cauſſa minoris ætatis
reſtitutio impetretur, de quo dicemus latiùs infrà errore 6. Decad. 7. Por-
rò nemo dixerit dolum † qui in re ipſa ſit dare cauſſam contractui, & facere 20
poſſe vt contractus ab initio non valeat, quia tametſi verum maximè eſſet
quod pragmatici volunt enormiſſimam læſionem in precio inducere do-
lum in re ipſa, dolum verò qui in re ipſa ſit æquiparari dolo ex pro-
poſito, non tamen conſequens eſt vt contractus ſit nullus, quia etiamſi
dolus ex propoſito interueniſſet, non ideò tamen nullus eſſet, ſed per 21
reſtitutionem reſcindendus, quandoquidem dolus † qui in precij & æſtima-
tionis modo interuenit incidere dicitur in contractum, non dare cauſam
contractui *dict. l. & eleganter dict. l. ſi res æſtimata dict. l. dolus.* Poſſit au-
tem fortaſſe quiſpiam pro errore pragmaticorum tuendo † obiicere *l. ſi ſuper* 22

ſtite 5.C. *de dolo.*vbi duo hæc tanquam contraria opponuntur: Tranſactum eſſe bona fide,& læſum eſſe immodicè alterutrum ex contrahentibus.Sed reſpondendum eſt locum illum ita omnino accipi debere ſi immodica illa læſio interuenerit dolo patris,non ſolùm, quoniam alioquin mala fides ex vilitate precij nec inducitur nec probatur *dict. l. ad reſcindendum* 4. *& d.l. dolus* 10.*C de reſcind.vend.* Sed etiam quia lex ait competituram eo caſu actionem de dolo filiæ emancipatæ contra patrem, niſi paterna obſtaret verecundia, ideóque ad ſubſidiariam in factum actionem Prætoriam recurrendum eſſe. Atqui nemo dixerit ob dolum qui ſit in re ipſa duntaxat, non etiam in per-
23 ſona aduerſarij, de dolo agi poſſe. Nam actio † de dolo cùm ſit in perſonam,adeóque infamiam irroget,ob idque nec inter quoſlibet competat,quādiu alia actio aut ciuilis aut honoraria competere poteſt *l.1.§.penult.& vltim. cum ll.ſeqq.D.de dolo.* nec inter patrem & liberos, etiamſi alia actio nulla ſit *l.non debet* 11.*eod.* non aliter dari poteſt quàm ſi perſonalis dolus propona-
24 tur.Nec eſt contrarium † quod in *dict. l. ſi quis cùm aliter.* Vlpianus exceptionem doli accommodat ei quoque qui dolum in re ipſa tantùm paſſus ſit.
25 Id enim fit † duplici ratione, & quia exceptio doli non ſicut actio infamat, licèt ſit in perſonam,ex parte eius cui obiicitur *l.2.§.1.D. de dol. except.* quia nimirum non ſuper exceptione ſententia fertur, ſed ſuper actione, abſolutè ſcilicet reo qui iuſtam habuit doli exceptionem, & quia qui dolus ab initio fuit in re ipſa,fieri incipit perſonalis eo tempore,quo agitur ex contractu qui dolum in re ipſa habuit,& qui nihil dum fecerat dolo,cùm contraheretur, licèt res ipſa in ſe dolum haberet, nunc demum dolo facit cùm agit ex ea ſtipulatione. Cui conſequens eſt,vt ſi numquam ex ſtipulatione ageret, neque actioni,neque exceptioni doli locus vnquam eſſe poſſet. Atqui in ſpecie *dict. l.ſi ſuperſtite*,non agebat pater,quippe qui ſolenniter per nouationem & acceptilationem fuerat liberatus. Cur ergo contra eum daretur actio de dolo etiamſi immodica læſio & ex immodica læſione dolus in re ipſa interueniſ-
26 ſet?Et verò obſeruandum † eſt in *d.l.ſi ſuperſtite*, tractari de immodica læſione quæ interuenerit non in contractum vēditionis,aut alio ſimili, in quo liceat contrahentibus ſe decipere in precio, ſed in ea ſpecie in qua nullus deceptioni locus relinquebatur citra dolum malum, cùm ageretur de rationibus reddendis à patre qui filiæ emancipatæ tutelam geſſerat.Non enim inter pupillum & tutorem ea fit diſceptatio, quam fieri inter venditorem & emptorem ait *dict.l.ſi voluntate* 8.*Cod.de reſcind. vendit.* vt ſciatur quantum tutor pupillo debeat, ſed ex rationibus accepti & expenſi diligenter explorandum illud eſt,vt ad vltimum vſque quadrantem ei ſatisfiat cui debebitur, ſiue pupillus ille ſit,ſiue tutor. Quis verò hoc ipſum ſcire poſſit aut debeat niſi tutor ipſe qui adminiſtrauit, & rationes à ſeipſo reddendas penes ſe habet? Proinde ſi cùm rationes reddere deberet pater, ex quibus conſtitutum erat eum filiæ plurimùm debiturum,extorſerit ille à filia liberationem, fieri non poteſt quin fecerit dolo malo,ideóque teneri debeat filię,non quidem actione de dolo propter paternam verecundiam,ſed actione ſubſidiaria in factum temperanda,licèt læſio illa non ſit vltra dimidiam. Quod enim lex requirit immodicam læſionem,non debet recipere interpretationem *ex dict. l.2. Cod. de reſcind. vendit.* vt putant interpretes, ſed ob id adiectum eſt,quia ſi læſio modica eſſet,non facilè prætor daret actionem in factum ſubſidiariam actionis De dolo malo, ſicut nec daret actionem ipſam de dolo pro modica ſumma.*ſi*

ma *l.ſi quis adfirmauit 9.§.vltim.cum ll.ſeqq. D:de dolo*. Id enim generale eſt in omnibus reſtitutionibus, † vt non facile & ex minima cauſa, vel pro modi- 27
ca ſumma concedantur *l.ſcio 4.D.de in integr.reſtitut.* Apparet igitur ex ſuperioribus, quàm malè pragmatici dolum qui in re ipſa ineſt, transforment in dolum perſonalem, quem præſumptum vocāt. Nam neque verus, neque præſumptus perſonæ dolus vllus eſt, quamdiu non agitur ex contractu, qui non niſi in re ipſa dolum habet. Cum autem ex eo agitur, tum demùm verus dolus eſſe incipit, non præſumptus *d.l.ſi quis cùm aliter.36.de verbor.obligat.* qui tamen locus coniunctus cum *d.l.ſi ſuperſtite*, vterque verò peſsimè intelle-
ctus præcipites egit pragmaticos & interpretes pleroſque vt hanc duplicis † 28
doli veri & præſumpti diſtinctionem planè hîc commentitiam induxerint.

ERROR OCTAVVS.

Si in venditione pignoris per creditorem facta iure creditoris enormiſsima, vt vocant, læſio interuenerit.

SVMMARIA.

1 *Si vendito pignore per creditorem iure creditoris, enormiſsima læſio interuenerit, debitorem, adeòque poſteriores eius creditores poſſe luere pignus, pragmaticorum erroneum eſt placitum.*

2 *Securus eſt emptor qui ritè rectèque pignus emit à creditore, nec aliter contra eum agi poteſt quàm ſi dolum participauerit, nec creditor ſit ſoluendo, contra pragmaticos.*

3 *Quæ ſolennitas iuris ſeruanda ſit à creditore diſtrahente pignus.*

4 *Dolus qui in re ipſa duntaxat eſt, non poteſt eſſe ex parte vtriuſque.*

5 *Dolus in re ipſa quando declinet in dolum ex propoſito.*

6 *Actio de dolo ab exceptione doli & actione quod metus cauſa, vt differat.*

7 *Emptor pignoris non poteſt conueniri ob ſolum dolum creditoris.*

8 *Si ſolennitas iuris in venditione pignoris à creditore non ſit ſeruata, emptor ſecurus non erit.*

9 *Cur debitoris poſteriores creditores non poſſint ſuo nomine agere aduerſus pignoris emptorē ſi ſeruata ſit à creditore iuris ſolēnitas.*

10 *Si venditum fuerit pignus per iudicem poſtulante creditore, poſſunt poſteriores creditores aduerſus emptorem agere ſi venditioni non adfuerunt.*

SI coniungantur ea quæ proximis duobus capitibus diſputauimus, apparebit facilè, quàm grauis hic pragmaticorum error ſit, exiſtimantium, Vendito †pignore per creditorem iure creditoris ſi enor- 1
miſsima, vt loquuntur, læſio interuenerit, permittendum eſſe debitori, & conſequenter ex eius perſona poſterioribus creditoribus vt emptori rem auferant reſtituto ei precio & omni eo quod ipſi abeſt, itémque pignus ſi velint, diſtrahant. Iam enim à nobis probatum eſt, ſecurum
emptorem †qui ritè rectéque emit à creditore, id eſt ab eo qui & di- 2
ſtrahendi ius habuit, & in diſtrahendo ſollennitatem iuris ſecutus eſt, nec aliter agi poſſe contra emptorem, quàm ſi dolum participauerit cum creditore, nec creditor ipſe ſoluendo ſit ex *l.3.4.& 5.C.ſi vendit.pignor.agat.* Sollenni-
tas † autem alia non eſt quàm vt pignoris venditio publicè perſcribatur, 3
ipſique debitori denuncietur, adeóque ſi commodè fieri poſsit, teſtatò, *l.creditor.4.C.de diſtract.pignor.* Nam vt hoc vel illo precio pignus vendatur, maiore vel viliore, ſupra an infra dimidiam vel beſſem iuſti precij ad vēditionis ſollennitates nil pertinet. Ergo ſi læſio quantumcunque enormis interueno-

Digitized by Google

rit,cùm non eo minùs verum ſit ritè rectéque faciam eſſe venditionem ſi per
colluſionem id factum non eſt,ſed eo prorſus modo quo fieri potuiſſet,tam-
etſi creditor rem ſuam vendidiſſet, fatendum erit inquietari emptorem non
debere.Atqui,inquiunt,læſio illa enormiſsima inducit dolum in re ipſa, do-
lus autem in re ipſa perſonalem dolum præſumptum qui dolo ex propoſito
ſit comparandus.Sed iam nos hæc omnia refutauimus.Et præterea nemo nõ
4 videt cùm dolus † in re ipſa duntaxat eſt, non poſſe videri eſſe ex parte v-
triuſq; contrahentiũ, ſed tantùm ex parte illius cuius cõmodo cedit læſio, vt
in *l.ſi quis cùm aliter 36.de verb.obli.* Alioqui ex eo nõ daretur actio aut exce-
ptio,ſed mutuus dolus mutua cõpenſatione tolleretur, fierétque doli cõpen-
ſatio,vt Papinianus in *l.viro 39.D.ſolut.matrim.*Et tamẽ diximus & probaui-
mus nõ aliter inquietari emptorẽ poſſe, quàm ſi creditor ipſe in dolo fuerit,
dolúmque emptor participauerit. Denique colluſio ſine colludẽdi propoſito
nunquã fieri poteſt. Ergo neque præſumi ex dolo qui ſit in re ipſa duntaxat,
quia,vt dixi,in re ipſa duntaxat eſſe nunquam poteſt ex parte vtriuſque. Sed
5 & cùm dolus † in re ipſa non priùs declinet in dolum ex propoſito, quàm
ex contractu qui in ſe dolum habet, agi cœperit, *dict.l.ſi quis cùm aliter.*
Emptor autem qui pignus à creditore emit quantumcunque vili precio,
non agat, ſed conueniatur ſiue à debitore ipſo, ſiue à poſterioribus debi-
toris creditoribus, nihil cauſſæ eſt cur dolo malo aliquid facere videa-
tur is qui nihil facit, niſi dicas hoc ipſo facere eum dolo quod rem retinet,
nec vult reſtituere cùm conuenitur. Sed cùm priùs ſit vt conueniatur, nec
aliter conueniri poſsit quàm probetur eſſe in dolo, apparet non poſſe contra
eum actionem dari ob dolum qui nec præteritus,necdum præſens ſit, ſed fu-
turus ſperetur.Cauſa enim actionis actionem præcedere debet non ſequi, vt
& in cæteris omnibus cauſsis atque effectibus contingit. Quin etſi ſola enor-
miſsima læſio ſufficeret ad inducẽdum dolum ſaltẽ præſumptum,vt pragma-
tici putant, non tamen id ſatis eſſet ad dãdam debitori aut poſterioribus cre-
ditoribus actionem aduerſus emptorem. Nam cùm emptor non cum de-
bitore aut poſterioribus creditoribus,ſed cum anteriore creditore contraxe-
rit,de dolo cõueniri non poteſt,aut ob dolum ſuum,ab alio,quàm ab eo ipſo
6 cui dolum fecit.In eo ſiquidẽ differt actio † de dolo ab exceptione doli,quòd
exceptio doli ex parte eius qui obiicit in rem eſt,non in perſonam *d. l. 2.§.1.*
*de dol.except.*Actio autem de dolo tam ex parte eius qui obiicit,quàm ex par-
te eius cui obiicitur in perſonam eſt,non in rem. In quo etiam differt ab a-
ctione,De eo quod metus cauſſa *l.ſed & ex dolo 15.§ vlt.D.de dolo.* At em-
ptor is de quo agimus nõ cõtraxit cũ debitore aut poſterioribus debitoris cre
ditoribus, ſed cum anteriore creditore à quo nec debitor ipſe cauſſam ha-
bet, nec poſteriores creditores.Ergo nec ab iis cõueniri poteſt, tametſi do-
lo malo emiſſet à creditore anteriore. Qui quoniam ipſe eſt cum quo debi-
tor contraxit, ipſius quoque dolum intercedere neceſſe eſt vt aliqua debi-
7 tori actio in eum competere poſsit. Ac rurſum † quoniam etſi dolo aliquid
feciſſet,dolum tamen ipſius emptori qui bona fide contraxiſſet, nocere non
oporteret,requirimus præterea vt dolum emptor participauerit,alioqui nul-
la actione conueniri poſsit. Itaque tametſi fingeres dolo malo verſatum cre-
ditorem cùm pignus vili precio diſtraxit, ex parte autem emptoris nihil a-
liud interueniſſe niſi quod rem ſuam agens, quomodo induſtrij & diligen-
tes patresfamilias agere ſolent,quàm minimo potuit precio comparauit, di-
cam

eam emptorem perinde ſecurum eſſe acſi dolus malus creditoris nullus inter-
ueniſſet, quia licet hoc caſu adſit dolus ex propoſito ex parte creditoris,
dolus autem in re ipſa ex parte emptoris, tamen non idcirco videri poteſt
emptor cum creditore eodémque venditore colluſiſſe: neque enim colluſio
fit niſi inter plures dolo ex propoſito vtrimque concurrente, vt ipſum col-
luſionis nomen demonſtrat. Atqui iam diximus dolum qui ſit in re ipſa non
priùs afficere perſonam cuius commodo fraus cedit (fraus enim illa dicen-
da eſſet potiùs quàm dolus vt & *Cuiac.* obſeruauit ad *d.l. ſi quis cùm aliter*)
quàm ea perſona ex eiuſmodi contractu agere cœperit. Conſequens igi-
tur eſt nihil dolo malo videri facere emptorem quandiu ex emptione illa
non agit, licèt ex ea rem retineat quandiu non conuenitur, ac proinde nec
poſſe vllomodo conueniri ob ſolum dolum creditoris. Quod ius non ſo-
lùm manifeſta ratione nititur, ſed etiam ſumma æquitate, quia cùm talis
venditio fieri non potuerit niſi admonito priùs debitore *dicta.l.4. C. de di-
ſtract.pignor.* imputari poteſt debitori cur non ad emptionem acceſſerit,
ſubiecturus emptorem qui pluris licitatus eſſet, atque ita impediiſſet ne qua
fraus in reipſa per modicitatem precij interueniſſet. Etſi enim non fa-
cit ea ratio vt liberum ſit creditori abſente debitore fortaſſis per negligen-
tiam & incuriam verſari dolo malo in pignoris venditione: tamen ceſſan-
te dolo ex propoſito nihil eſt quod imputetur emptori qui bona fide acce-
pit ad publicam venditionem, rémque proſcriptam quàm viliſſimo potuit
precio, vt emptores ſolent, comparauit, non clam, ſed publicè, non celato,
ſed admonito debitore. Nam ſi ea ſolennitas † omiſſa ſit, fatebor vtique em- 8
ptorē ſecurū nō fore, nō quod creditor dolo malo verſatus videretur (neque
enim id ſufficeret, vt dixi, ſi dolum emptor non participaſſet) ſed quia vēditio
quæ non ritè rectéq; id eſt ſollennib. non ſeruatis facta eſt, nullum ius tribue-
re emptori poteſt. *l.2.C.ſi antiq.cred.pig.vendid.* Sed etſi aliqua eo nomine a-
ctio debitori cōpetere poſſet, tamen non video quomodo poſteriores † credi-
tores eodem iure vti poſſint: Etſi.n. cauſſam habent à debitore, tamen in hoc 9
minus iuris habent quàm debitor, vt in ſuperioribus dictū eſt, quòd neque
dominiū vnquam habuerunt, neque pignus, licèt cōuenerint de pignore quā-
diu prioris pignoris vinculum ſublatum non eſt. Itaque cùm ritè vendito
pignore nullū iis reliquum ſit ius offerendi, neceſſe eſt, vt actionem quæ de-
bitori competit aduerſus emptorē ob dolum ab eo cum creditore anteriore
participatum, accipiant à debitore per ceſſionē, vt debitoris iure vti poſſint.
Non.n. ex eo ſolo quod debitorem habent obligatum cum ipſius bonis om-
nibus adeóq; iuribus, videri poſſunt habere ius exercendi actiones, ſed tantùm
ius petendi propoſita in actiones ipſas hypothecaria vt ſibi cedantur. Proin-
de eo demū caſu permittendum iis eſt, vt petant & impetrent ceſſionem, quo
debitor ipſe agere poſſet, id eſt quo non ſolùm dolus vtriuſque & creditoris
& emptoris interuenerit, ſed etiā creditor non ſit ſoluendo. Nam cùm ſoluē-
do eſt, nihil contra emptorem conſtituendum eſt etiamſi dolum participa-
uerit. Quòd ſi venditio † pignoris non à creditore ipſo facta fuit, ſed per iu-
dicem poſtulante creditore: Admitto liberum eſſe non debitori ipſi poſt ſe- 10
meſtre in eam rem præſtitutum, ſed creditoribus poſterioribus vt aduerſus
emptorem agant ſi non venditioni adfuerunt *l.ſi eo tempore 6.C.de remiſſ.pig.*
At non propter interuenientem immodicam læſionem, ſed iure communi, &
etiamſi læſio nulla interuenerit, nimirum offerendo quicquid emptori abeſt,
vt in ſuperioribus diſputauimus ex *d.l.3.D.de diſt.pignor.*

Digitized by Google

ERROR NONVS.

De iure pignoris etiam ob chirographariam pecuniam retinendi.

SVMMARIA.

1 *Sententia tituli* C. *etiam ob chirograph. pecuniam pignus retineri poſſe, ſecundum pragmaticos.*

2 *Iure pignoris res quæ non eſt obligata retineri non poteſt, nec pignoris obligatio regulariter contrahitur citra conuentionem, contra pragmaticos.*

3 *Verus ſenſus d. tit.* C. *etiam ob chirogr. pecun. pig. ret. poſſ. & ſeq.*

4 *Chirographaria pecunia quæ dicatur in d. titulo.*

5 *Exceptio quæ prædicto titulo adiungenda eſt.*

6 *Sepè expreſſa nocent, quæ non expreſſa non nocerent.*

CELEBRIS eſt in praxi titulus ille C. *etiam ob chirographariã pecuniã pignus retineri poſſe*, ſed à pragmaticis † peſsimè
1 proculdubio intellectus. Sic .n. vulgò accipiunt, quaſi iũs ſit
creditori cuilibet etiã chirographario, ſi quã debitoris ſui rẽ
penes ſe habeat eam retinendi pignoris iure, licet de pignore
nullomodo conuenerit. Quo ineptius & abſurdius dici nihil
2 poteſt. Neque enim fieri queat vt pignoris † iure retineatur res quæ non eſt
obligata, nec rurſus vt pignoris obligatio contrahatur, aut contracta intelligatur citra conuentionem extra eas cauſſas in quibus receptum eſt, vel aliqua
lege aut ſenatuſconſulto conſtitutum vt pignus vel hypotheca tacitè contrahatur, vt ſcripſimus in *Error.*1. Vnde petenda ſunt cætera omnia quæ ad pro-
3 fligandum hunc errorẽ adferri poſſent. Itaq; tituli illius ſenſus † hic eſt, Creditorem pignoratitium ius habere retinendi pignoris, non ſolùm pro ea pecunia, cuius nomine pignus datum eſt, ſed etiam ob chirographariã, quo no-
4 mine ſignificamus † non eam duntaxat quæ chirographi tabulis cõtineatur,
ſed omnem omnino pro qua pignus nullum datum ſit ſiue ex chirographo, ſiue ex inſtrumento publico & authentico, adeóque etiãſi ex pacto nudo ſine ſcriptura & naturaliter, non etiam ciuiliter debeatur. Nam ſicuti quod naturaliter tantũ debetur, licet peti non poſsit, retineri tamen poteſt: ita & pignus ex ea cauſſa retineri nihil prohibet, quoniam & dari poſſet, quemadmodũ & fideiuſſor. *l. gracè* 8. *§. fideiuſſor.* D. *de fideiuſſ.* Cæterum creditorem pignoratitium eſſe neceſſe eſt, pignúsq. cõtractum fuiſſe vt retineri poſsit. Nemo enim ex eo ſolo quod rem non obligatam retinet ſibi eam obligat, ſed ex cõtrario eam quę ſibi obligata eſt ideò creditor retinet, quia obligatam habet, licèt nõ pro ea pecunia cuius nomine nunc retinetur. Poteſt tamen intereſſe quomodo pignoris conuentio facta ſit. Nam ſi ſimpliciter inter nos conuenerit de pignore pro centum, tu verò præter ea centum, totidem mihi ex nudo chirographo debeas, locum habebunt quæ diximus, id eſt, non proderit tibi ad luendum pignus, quòd centum ſolueris pro quibus pignus dederas, niſi & alia
5 centum offeras, nec priùs pignoratitia naſcetur. Sed ſi hoc expreſsim † conueniſſet, quod plerunque fit, vt ſolutâ pecuniâ pro qua pignus datum eſt, pignus reſtituatur aliud, vtique dicendum eſſet, quia conuentio expreſſa nõ relinquit locum poteſtati iuris. Vt .n. ob chirographariam pecuniam pignus retineri poſsit, non fit ex contrahentium ſiue tacita ſiue expreſſa voluntate, ſed ex po-

testate

teſtate iuris creditori fauentis vt ſuum conſequatur. Itaque ſi creditor contraria expreſſáque conuentione vrgeatur, nihil cauſſæ eſt cur ei faueamus, qui ſibi ipſi legẽ dixerit, & ad titulum illum hæc proculdubio ſubiicieda exceptio eſt, niſi in contrariũ cõuenerit vt ſolutá quandocunque pecuniâ pignoratitiâ pignus reſtituatur. Nec diſtinguemus an pecunia chirographaria iã tũ debita fuiſſet, an poſteà deberi cœperit. Atquin dicat aliquis, Etiamſi conuentio illa adiecta non eſſet, De pignore poſt ſolutam pecuniam reſtituendo, tacitè tamẽ ex natura pignoris ſubintelligeretur, Cur ergo maior erit vis expreſsi quàm taciti? Nam & dici ſolet id quod tacitè ineſt, ſi exprimatur nihil operari. Verùm reſpondeo non eſſe nouum vt expreſſa † noceant, quæ non expreſſa non 6
nocerent, quomodo habet vulgata iuris regula. Hoc verò etiam pragmatici noſtri ignorant, quamuis non ſemel à ſenatu noſtro, ita vt ſentiendum diximus, iudicatum ſit.

ERROR X.

Si creditor de pignoris euictione conueniatur.

SVMMARIA.

1 *Titulus Cod. Creditor euict. pign. non debere. ad eum etiam caſum pertinere autumant pragmatici, quo diſtractio facta fuerit per iudicem.*

2 *d. Titulum pertinere tantùm ad eum caſum quo venditio facta ſit per creditorem iure creditoris, contra pragmat. & n. 7.*

3 *Facta per iudicem diſtractione pignoris, alius quàm debitor de euictione teneri non poteſt.*

4 *De euictione alius teneri non poteſt, quàm qui vendidit, aut euictionem ſtipulanti promiſit.*

5 *De euictione qua actione agi poſsit.*

6 *In caſu ad quem d. titulum pragmatici referunt non intereſt creditor ſit in dolo necne.*

8 *Venditor de euictione tenetur, etiamſi nihil dictum ſit, dummo in contrarium conuenerit ne de euictione teneatur.*

9 *Ratio cur conſtitutum vt creditor de euictione pignoris non teneatur.*

10 *Quatenus teneatur aut non teneatur de euictione creditor qui iure ſuo pignus vendidit.*

11 *Si dolo malo nihil factum ſit à creditore qui vendidit pignus, an ipſe debitor de euictione teneri debeat.*

12 *Ratio dubitandi pro debitore.*

13 *Ratio decidendi contra debitorem.*

14 *Imbecillitas rationis qua Dd. probant venditionem ſub haſta factam ob immodicam læſionem reſcindi non poſſe.*

15 *Licèt creditor non teneatur de euictione, tenetur tamen de pretio reſtituendo ſi pignus venditum euictum fuerit.*

16 *Licèt valeat pactio ne venditor de euictione teneatur, non tamen valet vt euicta re, venditor nihilominus pretium retineat.*

17 *Actio de euictione & rem repeſcit, & quicquid emptoris intereſt.*

18 *Repetitio nulla eſt ab eo qui ſuum accepit, licèt alius ſoluerit, quàm qui debuit.*

19 *Quomodo accipienda regula, His ſolis condicenda eſt pecunia, quibus ſoluta eſt, non quibus ſolutio proficit.*

20 *Quid iuris ſit vbi debitor qui tenetur de euictione ſoluendo non eſt.*

EXTAT in Codice† noſtro titulus, *Creditorem euictionem pignoris non debere*: quo pragmatici paſsim abutuntur, vt probent, Diſtractis, vt hodie fit, ex ſtatuto noſtro pignoribus autoritate iudiciali, poſtulante creditore, ſi ea pignora poſtmodum euincan-

tur,creditorem de euictione non teneri, ſi non fuerit in dolo: interueniente
autem dolo ,teneri:nos verò iam monuimus † obiter in ſuperioribus, titulũ
2 illum non ad hunc caſum pertinere, quo venditio fiat per iudicem,vrgente
creditore, ſed ad eum potiùs quo venditio facta ſit per creditorem ipſum
iure creditoris.Nam cùm venditio,†quę fit autoritate iudicis,quaſi nomine
3 debitoris,vt creditori ſolutionem vrgẽti ſatisfiat, ab ipſo debitore facta intel
ligatur, quandoquidem factum iudicis eſt factum partis *l.1.& 2.C.ſi in cauſſ.
iudic.pign. capt.ſit.* Apparet alium quàm debitorem de euictione teneri non
4 poſſe,*l.ſi ob cauſſã* 13.*Cod.de euict.*Neque enim auditũ eſt aliũ de euictione†te
neri quàm qui ipſe vẽdidit,aut euictionẽ ſtipulãti promiſit,cùm de euictione
5 agi†non poſſit niſi aut actione ex empto aut ex ſtipulatu *l.5.in venditione* 60.
*D.de euict.*Porrò neq;ex empto agi poteſt cõtra eum qui non vendidit, neq;
6 ex ſtipulatu contra cũ qui nihil promiſit.Quare nec diſtinguendũ eſt†an hoc
caſu creditor in dolo fuerit,necne.Non enim quod in dolo ſit,fortaſſe petens
id quod vel nunquam verè debitum fuerit,vel iam ſolutum ſit,poteſt eum fa
cere venditorem,nec conſequenter obligare de euictione: Præſertim cùm vt
dixi parata emptori ſit actio contra ipſum debitorem ex cauſſa euictionis *d.
7 l.ſi ob cauſam.*Pertinet igitur† titulus ille Codicis ad alium caſum quo pignus
à creditore ipſo venditum ſit iure creditoris. Nam cùm eo caſu alius vendi-
8 tor non ſit quàm creditor.Ius autem ita comparatũ ſit vt venditorem † em-
ptori euictionem præſtare oporteat,etiamſi nihil dictum ſit,dum ne in con-
trarium cõuenerit ne de euictione teneatur *l.ex empto* 11.*in princip. & §. vlt.*
D.*de action.empt.*Neceſſe omnino fuit conſtitui & caueri ne creditor de eui-
ctione teneretur,quia nec eum teneri†æquum eſt,cùm non poſſit videri em-
9 ptorem decepiſſe diſtrahendo iure creditoris rem ſibi obligatam,quando nec
vendidit tanquam dominus,ſed tãquã creditor.Proinde nihil eſt quod ei im-
10 putetur euicto poſtmodum pignore dummodo† probet ſe fuiſſe legitimũ &
anteriorem creditorem, ſibiq.rem illam à debitore pignoris iure obligatam,
nec à ſe quicquam dolo malo factum eſſe.Nã ſi iã fortè reſciens deceptum ſe à
debitore fuiſſe in eo quod alienam rem debitor pro ſua,aut iam obligatã pro
libera pignori dederit,rem illã quaſi ſibi bene obligatam pignoris iure ven-
diderit,dolo feciſſe videbitur cũ ſciuerit, aut ſcire debuit alienã rẽ à debitore
aut iã obligatã oppignerari,& cõſequẽter eius diſtrahẽdę ius in ſe trãsferri nõ
potuiſſe:Itaq;cùm ſimilis ſit ei qui alienã rẽ nullo iure vẽdidit, adeóq;ſciẽs &
prudens,iuris ratio facit vt de euictione teneatur, perinde acſi creditor non
fuiſſet,quia pignoratitius verè nõ fuit nullo re vera cõtracto pignore, vẽdẽdi
autẽ pignoris poteſtatẽ ex conuentione habet creditor pignoratitius,non ex
11 qua parte creditor,ſed ex qua pignoratitius eſt.An igitur† ſi nihil dolo malo
factũ ſit à creditore qui vẽdidit nulla emptori pignoris actio de euictione ſu
12 pererit,ne quidem cõtra debitorem?Nã facit pro debitore quòd is nec reuera
vendidit nec intelligitur vẽdidiſſe,ſed creditor.At cùm ipſi proficiat ſolutio
13 † precij per quam conſequitur ille liberationem à ſuo creditore cui & ven-
dendi pignoris occaſionem pro iure dedit, nulla ſanè ratio iuris vel æquita-
tis patitur vt in dãno emptor moretur cuius pecunia creditor dimiſſus eſt.
Ideóq; cùm nullam aduerſus creditorem ipſum habeat actionẽ,neceſſe eſt ei
conſuli aduerſus debitorem acſi ipſe vendiſſet: Ex ratione poſita in *d. l. ſi
ob cauſam* 13.*C.de euict.*tametſi lex illa nõ ad hanc pignoris venditionẽ perti-
neat,ſed ad illam potiùs quæ nomine debitoris per iudicem facta ſit.Ratio e-
nim

nim illa, *quia debitori ſolutio proficit*, generalis eſt, ſiue debitor ipſe, aut quod
idem eſt, apparitor iudicis & executor pro debitore, ſiue creditor vendiderit.
Ex quo apparet † quàm egregie errauerint non modò ex pragmaticis, ſed 14
etiam ex Doctoribus noſtris plerique exiſtimantes vēditionem quæ ſub ha-
ſta & publicè facta ſit, reſcindi non poſſe ex cauſſa immodicæ læſionis quan-
tumlibet enormis. Illa potiſsimum ratione quòd parcendū ſit emptori quòd
viliore precio voluit emere rem, cuius nomine, ſi quando euicta eſſet, nullam
ſe actionem ſciuit habiturum. Sententia ipſa falſa eſt: vt conſtat ex *l. ſi quos. C.
de reſc. vend.* Sed ratio ineptior, quia omni caſu emptor habet debitorem de
euictione obligatum: & præterea creditorem illo vno caſu quo ipſe vēdidit,
& in dolo fuit. Sanè ſi non de euictione quæratur, † ſed de precio quod ex 15
venditione ſolutum eſt reſtituendo, facilius eſt vt creditor emptori teneatur,
non tantùm ſi creditor ipſe, ſed etiam ſi debitor vendidit. Nam niſi probet
ſe & legitimum & antiquiorem creditorem, obligatur ad precium quod ac-
cepit reſtituendum quoties pignus vēditum euincitur per creditorem ante-
riorem, licèt nihil dolo fecerit, nec de euictione vllomodo teneatur. Aliud
enim eſt de precio, aliud de euictione teneri: vt ex eo conſtat quòd valet pa-
ctio, † ne venditor de euictione teneatur, non etiam vt euicta re venditor 16
tamen precium retineat *d. l. ex empto §. quia autem. de actio. empt.* Actio enim
de euictione † non tantùm precium repoſcit, ſed etiam quicquid emptoris 17
intereſt rem habere licere, licèt in eo ipſo quod intereſt rei preciū & quanti
res ipſa eſt comprehendatur *l. 1. eod. tit* Quòd ſi creditor cui ex precio venditi
pignoris ſatisfactum eſt, & legitimus, & anterior fuit, non poteſt ad precij
reſtitutionem conueniri cùm ſuum acceperit. Repetitio † enim nulla eſt ab 18
eo qui ſuū accepit, licèt alius ſoluerit quàm qui debuit *l. repetitio 43. de cond.
indeb.* Quid ergo? Agendum erit eo nomine contra debitorem quia ſolutio
ei profuit, nec obſtat iuris regula quæ habet his ſolis condicendam eſſe pe- 19
cuniam quibus ſoluta eſt, non quibus ſolutio proficit *l. his ſolis 49. eod. tit.* Id
enim ad eas demum pecunias pertinet quæ prorſus indebitæ ſunt, cuiuſmodi
non eſt illa quæ precij nomine venditori datur, licèt aliena res vendita &
poſtmodum euicta ſit. Quandoquidem aliena quoque res vendi poteſt *l. rem
alienam. 28. D. de contr. empt.* nec ad aliud venditor obligatur, niſi vt rem tra-
dat, emptor autem vt precium accipientis faciat, ſaluam poſteà habiturus ex
empto actionem de euictione ſi res euincatur *d. l. ex empto in princip.* Quid
ergo ſi debitor † ſoluendo non ſit? Neceſſe eſt emergere iniquitatem vt vel 20
creditor debiti, vel emptor precij iacturam faciat. Vtrique ſanè videtur poſſe
imputari; creditori cur cum inope debitore contraxerit, emptori verò cur à
creditore non domini ſed creditoris iure diſtrahente comparauerit. Sed ta-
men æquius eſt vt in pari culpa durior ſit conditio petitoris, nec condici
quicquam poſsit creditori, qui ſuum bona fide conſecutus eſt, licuit enim ei
vigilare, & emptorem quærere ad ſuum conſequendum, dùm ne quid fecerit
dolo malo. Emptor autem diligentiùs inquirere debuit an debitor
ſoluendo eſſet necne, quem ſciebat de euictione obli-
gatum iri, non creditorem.

Digitized by Google

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI,

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET Interpretum Iuris.

DECAS SECVNDA.

ERROR PRIMVS.

De pecunia penes eum depoſita qui heredem reliquit cum beneficio legis & inuentarij.

SVMMARIA.

1 *An agens depoſiti, depoſitario defuncto & relicto herede cum beneficio legis & inuentarij ſit cogendus ire ad diſcuſsionis generalis inſtantiam.*

2 *Sententia pragmaticorum negans.*

3 *Rationes negantis ſententiæ.*

4 *Diſtinctio adhibenda ex ſententia autoris.*

5 *Diſcuſsionis inſtantia quibus communis ſit, & ad quas actiones pertineat.*

6 *Si res depoſita repetatur actione depoſiti, actor ad generalem diſcuſsionis inſtantiam remittendus eſt: & n. 8.*

7 *Actio depoſiti non habet priuilegium prælationis niſi poſt dotem.*

9 *Pecunia perit confuſione.*

10 *Re depoſita extante, ſi agat dominus actione ad exhibendum, an ex ea quoque cauſa ad inſtantiam diſcuſsionis remittendus ſit.*

11 *Ratio dubitandi pro affirmatiua.*

12 *Ratio decidendi pro negatiua.*

13 *Limitatio negatiuæ ſententiæ.*

14 *Beneficium legis Iuſtinianeæ & inuentarij quomodo conueniat cum edicto prætoris* de ſeparationibus, *quomodo item differat.*

1 DEFVNCTO † eo apud quem pecunia depoſita fuit, ſi heres nullus ſit niſi cum beneficio legis & inuentarij, dubitari ſolet an is qui depoſuit agens depoſiti cogendus ſit ad eam ire inſtantiam, quæ inter heredem & cæteros creditores tractatur, De bonis autoritate iudicis poſsidendis vel venũdandis, quam diſcuſsionis generalis inſtantiam vulgò ap-
2 pellant. Et pragmaticis † placet, cogendum non eſſe: ratione illa † quòd is
3 qui depoſitum petit, non tam alienam quàm ſuam propriam rem perſequatur, ideóque domini potiùs quàm creditoris iure agere videatur. Item quòd in ipſo quoque creditorum concurſu actio depoſiti priuilegium inter cæte-
4 ras habere exiſtimetur. Ego verò non dubito, † quin diſtinguendum ſit, an pecunia depoſita ſit in ſacculo, vt fieri ſolet, obſignato, ne quæſtioni locus relinquatur, an eadem extent corpora nummorum, quæ depoſita fuerunt; an verò pecunia ipſa numerata, ſicque depoſita ſit: aut, vt dicam generaliùs, quoniam aliæ quoque res mobiles præter pecuniam deponi poſſunt. An ea ipſa res extet quæ depoſita fuit, an non extet; & cùm extat, An per directam rei vindicationem, an per depoſiti actionem repetatur. ſi res depoſita extet, eámque vindicet is qui depoſuit, (quod vtique facere ſuo iure poteſt, cùm nemo rem ſuam deponendo eius dominium, at ne quidem poſſeſsionem in alium transferre ſoleat, *l. rei depoſita* 8. *D. depoſit.*) fateor non eſſe cogendum de ſuo iure & ordine cum cæteris creditoribus litigare, quia hoc caſu non agit tanquam creditor, ſed tanquam dominus, nec contra heredem tanquam heredẽ, ſed

ſed tanquã poſſeſſorem quemlibet, qui reſtituendæ rei habeat facultatẽ, *l. officium* 9. D. *de rei vind.* Diſcuſſionis † autem inſtantia iis tantùm com- 5
munis eſt, qui & creditores ſunt, & agunt iure creditorum, & ad perſonales
duntaxat actiones pertinet, non ad reales præterquã hypothecarias, quæ quoniam non niſi creditoribus & tanquam creditoribus dantur, actionum perſonalium quæ pro credito competunt ius ſequuntur: in eóque mihi cum prag-
maticis conuenit. Sed ſi res depoſita † non extet, aut extet quidem, verumta- 6
men depoſiti actione, non vindicatione repetatur, quod aliquando fieri neceſſe eſt propter difficultatem quæ ſæpenumerò ſumma eſt probandi dominij, dico aliud iuris conſtitui debere, nec priuilegium hac parte vllum habere actionem depoſiti quominus ad generalem diſcuſſionis inſtantiam remittẽdus ſit is qui agit. Eſt enim actio illa perſonalis, & qui agit depoſiti, agit proculdubio tanquam creditor ex cauſa depoſiti, cùm depoſitum ſit ex iis cauſſis in quibus re cõtrahitur obligatio perſonalis, ſicut & mutuum & commodatum. Nõ nego depoſiti actionem habere priuilegium poſt dotem, vt cæteris actionibus perſonalibus præferatur, quarum priuilegia non ex tempore æſtimari ſolent, ſed ex cauſſa *l. priuilegia 32. de reb. auto. iud. poſſid.* Sed non impedit illud priuilegium, quominùs de iure & ordine illius qui rem depoſuit diſputari inter cæteros creditores oporteat. Imò verò tum demum priuilegio locus eſt cùm ſit concurſus creditorum, & contenditur quis inter eos, & quo ordine præferri debeat. Quemadmodum & inter hypothecarios creditores euenit, vt qui ex iis habẽt ius prælationis, nihilomagis recuſare poſſint ne ad generalis diſcuſſionis inſtantiã remittãtur, & verò cũ inter perſonales quoq;
actiones actio † depoſiti nõ habeat priuilegiũ prælationis niſi poſt dotem, de 7
dote autẽ cogatur etiam mulier diſputare in diſcuſſionis inſtãtia, nec minùs hodie quàm olim, tametſi ex Iuſtiniani cõſtitutionibus habeat priuilegiũ nõ ſolùm tacitæ hypothecæ, ſed etiam prælationis, quod olim non habebat. Cur obſecro melior erit cõdicio eius qui agit depoſiti, vt ei ante omnes creditores & extra diſcuſſionis inſtãtiam ſatisfieri oporteat? Idque apertius eſt ſi res
depoſita † non extet. Nã cùm hoc caſu ſi dolo malo aut latâ culpâ depoſitarij 8
perierit, condemnatio facienda ſit, quanti intererit deponentis, adeóq; quanti is ſua intereſſe in litem iurauerit. Apparet nõ poſſe dici rem ſuã potius quàm alienã repoſcere eum qui pro re pecuniã, aut pro his vel illis corporibus numorũ alia corpora repetit: quod fieri neceſſe eſt in pecunia depoſita quoties
non in ſacculo obſignato depoſita eſt. In eo nãque differt pecunia † à cæteris 9
rebus quæ non in pondere, aut numero, aut menſura conſiſtunt, quod perit confuſione, ſtatim atq; deſiit poſſe diſcerni vtrum illa ipſa numorum corpora ſint, quæ depoſita fuerunt, licèt reuera ſint eadem. Quanquã, vt dixi, parum refert eadémne an alia corpora ſint, ſi modò actione depoſiti, non directa rei
vindicatione repetãtur. Quid verò ſi eadẽ quidẽ corpora † extẽt, depoſita for- 10
taſsis in ſacculo obſignato, eáque vindicare dominus velit, ſed nõ poſsit, quia non exhibentur; ideóque actione ad exhibendum experiri cogatur, An ex ea
quoque cauſſa ad inſtantiã diſcuſſionis erit remittendus? facit † dubitationem 11
quòd actio hæc Ad exhibendũ in perſonã eſt, licèt ſit in rem ſcripta & præparatoria vindicationis. Proinde videtur eodem iure cẽſeri debere, quo cæteræ actiones perſonales, quas diximus in generali diſcuſſionis inſtãtia, id eſt vnico inter creditores omnes heredémq; ipſum iudicio exercendas eſſe? Sed nõ
ita eſt, nã cũ actio † ad exhibendũ nõ detur niſi cõtra eũ qui ipſe poſsidet, aut 12

dolo deſiit poſsidere *l.3.ff.ad exh.* apparet heredem qui cum poſsideat & exhibendi habeat facultatem, non vult exhibere ſi ex ea cauſa conueniatur & condemnetur, non tam quaſi heredem quàm ex proprio facto & dolo cõueniri, ob idque nihil actionem hanc habere commune cum cæteris creditoribus, non magis quàm directam rei vindicationem in cuius locum ſubſtituta eſſe intelligitur. Quoties enim heres qui beneficium legis & inuentarij implorauit, condemnatur ob propriam culpam, licèt tanquam heres conuentus ſit, vt puta ſi ob malam litem inſtitutam vel ſuſceptam heredis iure condemnationem expenſarum paſſus fuerit, generale eſt vt ea res creditoribus hereditariis non debeat nocere, quibus nihil imputari poteſt, ſoliúſque heredis damno cedat condemnatio cui irrogandæ proprium heredis factum cauſſam dederit. Multò igitur magis idem erit dicendum, ſi heres non tanquam heres ſed tanquam alius poſſeſſor quilibet conuentus ſit, quod fit propoſita in eum
13 actione ad exhibendum: niſi fortè proponas † heredem ea actione conueniri ex perſona defuncti, nõ ex propria, id eſt quòd defunctus rem de qua agitur dolo malo poſsidere deſiiſſet. Tunc enim haud dubiè conſtituenda eſſet eadem ratio huiuſmodi actionis ad exhibendum, quæ & cæterarum actionũ perſonalium quæ cauſſam habent hereditariam, dantúrque contra heredem quatenus heres eſt. Hoc ſiquidẽ caſu is qui vindicaturus fuit tãquã dominus, ex domino fit creditor, nõ heredis ſed defũcti, qui in dolo fuit, & cuius cæteri quoque omnes ſunt creditores. At cũ heres facultatẽ habet rei exhibẽdæ & reſtituendæ, quam. ſ. reperit in hereditate, nec tamẽ vult reſtituere dominus, fit ex domino creditor non defuncti, qui depoſitum ſuſceperat, ſed heredis qui in mora & dolo eſt, ideóque nec cogitur cum cæteris concurrere: quippe qui non heredis creditores ſunt, ſed defuncti: Beneficium enim legis Iuſti-
14 nianeæ † & inuentarij tantundem heredi & per conſequentias heredis creditoribus præſtat, quantum præſtabat olim creditoribus defuncti edictũ Prætoris *De ſeparationibus*, vt non confundantur rationes creditorum defuncti & heredis, imò longè plus, quia ſeparatio illa hodie fit ipſo iure quæ olim erat impetranda, itémque commodo heredis & creditorum ipſius, cùm olim non niſi per defuncti creditores peti & impetrari poſſet *l.1.D.de ſeparat.* Denique edictum *de ſeparationibus* locum non habebat in creditoribus hypothecariis, ſed tantùm in chirographariis, quia nec neceſſe erat, cùm ſatis cautum eſſet hypothecariis, actione hypothecaria vtpote priuilegium ſuum ex ordine temporis habente. At beneficium Iuſtiniani locum habet etiam in hypothecariis, fauore ſcilicet creditorum nõ defuncti, ſed ipſius heredis, quibus vtique conſultum eſt per conſequentias, hoc ipſo quod heredi conſulendum viſum fuit, ne aditione hereditatis creditoribus defuncti ſupra vires hereditarias ſe obligaret.

ERROR II.

De ſeparatione ex edicto prætoris impetranda.

SVMMARIA.

1 *Ex pragmaticorum ſententia ſuperuacuam hodie eſt edictum prætoris* de Separationibus, *poſt Iuſtiniani conſtitutionẽ in l. vlt. C. de iur.delib. & quomodo illud colligant.*

2 In oppoſitum autoris diſputatio.

3 Beneficium Iuſtinianeæ legis quid habeat commune cum beneficio prætoris ex edicto de ſeparationibus.

4 Beneficium Iuſt. legis non ſuſtulit poteſtatem edicti.

5 Iuſtinianus in d. l. vlt. C. de iur. delib. vt proſpexerit heredi, & eius propriis creditoribus.

6 per aditionem hereditatis ſolus heres obligatur creditoribus & legatariis, non item bona heredis.

7 Inter hypothecarios creditores ordo temporis non contracti debiti, ſed conſtitutæ hypothecæ attenditur.

8 Diſcrimen inter Iuſtiniani conſtitutionem, & edictum prætoris de ſeparationibus.

9 Caſus quo hodie neceſſarium eſt ſeparationis auxilium.

10 Sententia l. 1. §. præterea ſciendum. D. de ſeparation. aduerſus pragmaticos explicata.

11 Nullo facto inuentario ſeparatio fieri poterit, ſi à creditoribus hereditariis poſtuletur.

EXISTIMANT †pragmatici plerique, eſſe hodie ſuperuacuum 1
edictum Prætoris De *ſeparationibus* poſt Iuſtiniani conſtitutionem
in *l. vlt. C. De Iur. delib.* quæ omnibus heredibus nouum inuentarij
beneficium attulit, vt quamuis hereditatem damnoſam adierint, ſi tamē ſolennter & intra conſtituta tempora inuentarium confecerint rerum omniū
in hereditate repertarum, conueniri poſteà nō poſſint ſupra quàm ſit in hereditate. Conſequens enim videtur, vt ſi inuentarij beneficiū ab herede agnitum & imploratum ſit, fruſtrà petatur ſeparatio ex edicto, quæ ipſo iure &
ex Iuſtiniani lege facta eſt. Sin heres purè adierit, ſibíque oblatum legis auxilium neglexerit, confuſionem fieri neceſſe ſit iurium omnium & patrimoniorum defuncti & heredis, ac proinde ſeparationi locus nullus relinquatur.
In quo † manifeſtiſsimè cæcutiunt, & nimis ſtolida iuris ignoratione labun- 2
tur. Etſi namque beneficium † Iuſtinianeæ legis & inuentarij habet neſcio 3
quid ſimile & commune cum beneficio Prætoris ex edict. *de ſepar.* hactenus
ſaltem ne defuncti & heredis patrimonia confundantur, non tamen ſuſtulit
† poteſtatem edicti, ne tum quidem cùm inuentarium factum eſt, multò mi- 4
nùs verò ſi factum non ſit. Id enim dūtaxat Iuſtinianus † egit vt heredi pro- 5
ſpiceret ne metu onerum hereditariorum deterreretur ab adeunda hereditate, quam haberet ſuſpectam, vtque eam adeundo non niſi quatenus hereditariæ vires paterentur, obligaret ſe creditoribus & legatariis defuncti: Ex quo
factum ſanè eſt per conſequentias, vt non tantùm heredi, ſed etiam per heredis perſonam propriis ipſius creditoribus conſultum ſit, qui alioqui ſi chirographarij tantùm erant, iacturam debiti facere poterant, ſaltem ex parte, concurrentibus nimirum creditoribus defuncti, quibus heres quoque obſtrictus
eſſe cœpiſſet ex quaſi contractu, ex quo tempore adiiſſet hereditatē debitoris.
§. heres quoque. Inſt. de obligat. ex quaſi contract. dixi *ſi chirographarij tantū erāt,*
quoniam in heredis creditoribus hypothecariis nihil tale metui poteſt, nō ea
tātum ratione quòd per † aditionem hereditatis ſolus heres obligetur credi- 6
toribus & legatariis, non item bona heredis, tametſi adierit ſimpliciter & abſolutè, id eſt nō implorato beneficio legis & inuentarij. Sed etiam quia licèt
creditores defūcti hypothecā ſibi acquirerēt in bonis heredis, nihil tamen ca
res obeſſet anterioribus heredis creditoribus hypothecā anteriorē habenti-
bus, quādoquidē inter hypothecarios† creditores ordo tēporis attēditur. Tē- 7
poris, inquā, nō cōtracti debiti, ſed cōſtitutæ hypothecæ, cū fieri poſſit vt lōgo poſt contractū debitū interuallo hypotheca cōſtituatur. Porrò hypotheca
ſi quā per aditionē hereditatis tacitè cōtraheretur, aditione ipſa vetuſtior eſſe nō poſſet. Sed nego Iuſtiniani cōſtitutionē† prodeſſe creditoribus defūcti, 8

quinimo aduerſus eos potiſsimum lata eſt,vt qui alioquin paratam actionem
aduerſus heredem habituri erant adita per eum debitoris inopis hereditate,
nullam facto inuentario haberent. Atqui ex contrario edictum prætoris *De*
ſeparationib. ſolis hereditariis, non etiam heredis creditoribus proſpicit, ne
confuſio illa patrimoniorum quæ per aditionem inducitur, & conſequenter
heredis inopis creditoribus ipſo iure prodeſt vt locupletiorem habeant de-
bitorem,noceat creditoribus defuncti nullũ pro debito chirographario pri-
uilegium ex temporis ordine habituris. Etſi enim cuique liberum eſt credi-
toris ſui chirographarij cõdicionem duriorem facere, alterius creditoris ſiue
chirographarij,ſiue hypothecarij adiectione, indéque fit vt creditores here-
dis locupletis qui damnoſam hereditatem adiit ſeparationem impetrare ne-
queant aduerſus creditores defuncti *d.l.1.De ſeparat.* non tamen ſimiliter æ-
quum eſt, vt quis per proprios creditores aliénis creditoribus iniuriã faciat.
Poteſt quidem facere ſummo iure ſi pauper heres & non ſoluendo adeat he-
reditatem locupletis debitoris, quoniam per aditionem illam fit confuſio v-
triuſq; patrimonij,quę res inducit vt ex bonis quæ defuncti fuerunt perinde
atque ex iis quæ ſolius fuerunt heredis ſatisfieri oporteat omnibus credito-
ribus tam heredis quàm defuncti. Sed cùm eo caſu ſumma iuris ratio pugna-
ret cum æquitate, Prætor pro ſuo imperio corrigendum id putauit, & per-
mittendam defuncti creditoribus ſeparationem bonorum, ne iis noceret fa-
ctum heredis cum quo nõ cõtraxerunt,& de quo in cõtrahendo ne per ſom-
niũ quidẽ cogitarũt. Quis ergo dicat Iuſtinianea illa cõſtitutione,quę nõ niſi
fauore heredis & creditorũ heredis lata eſt, in pręiudiciũ creditorũ defuncti
factũ eſſę,vt ſuperuacuũ hodie ſit edictũ *De ſeparationib.* etiãſi inuentarium
cõſcriptum ſit? An ergo abrogatum? Ne hoc quidẽ. Quoniã non in eo nocere
creditoribus defuncti voluit Iuſtinianus, vt per cõcurſum creditorũ heredis
ius eorum minueretur,ſed in eo tãtùm vti ne melior cõdicio ipſorum fieret,
ob id,quod inopis debitoris hereditatem locupletior heres adiiſſet. Sunt au-
tem hæc longè diuerſa, Deteriorem fieri condicionem creditorum defuncti,
9 & non fieri meliorem. Itaque ſi quando † adita hodie ſit hereditas locupletis
debitoris ab herede qui non ſit ſoluendo, & concurrant chirographarij v-
triuſque creditores, æquè neceſſarium erit hereditariis auxilium ſeparatio-
nis atque olím fuit,& æquè habebit locum,licèt inuentarium factum propo-
natur: nõ enim efficit inuentarium quominus heres ſit re vera heres, proin-
déq; acquiruntur ei bona defuncti cõmodo etiam propriorum creditorum,
acſi nullum factum eſſet. Quòd ſi nullum factum ſit, fit quidem confuſio pa-
trimoniorum,ſed non impedit ea res quominus edictũ *de ſeparationibus* lo-
cum habere debeat: quin potiùs confuſionem illã fieri neceſſe eſt vt ſepara-
tioni locus eſſe poſsit: vidi ego,& nudis dentibus riſi aliquando ex pragmati-
10 cis pleroſque abutentes † in contrariam ſententiam, eo quod ſcriptum eſt in
d.l.1.§.præterea ſciendum.de ſeparat. poſtquam bona hereditaria bonis he-
redis mixta ſunt, non poſſe impetrari ſeparationem, ideo quòd confuſis &
vnitis bonis ſeparatio fieri nequeat. Quaſi verò tractet Vlpianus eo loco de
confuſione quæ fit ſola iuris poteſtate per aditionem hereditatis, ac non po-
tiùs de vera & reali mixtione corporum in hereditate repertorum cum cor-
poribus bonorum heredis. Vt puta,ſi frumenta defuncti mixta ſint cum fru-
mentis heredis, aut numi cum numis, aut quid aliud ſimile ex earum rerum
numero quarum dominium confuſione amittitur. *l.adeo quidem.7. §.volun-*
tas.de

tas de acquir. rer. dom. §. ſi quorum. Inſtit. de rer. diuiſ. Idque oſtendunt verba illa Vlpiani, *Quid ergo ſi prædia extent vel mancipia, vel pecora, vel aliud quod ſeparari poteſt?* Item quæ ſequuntur, *Niſi ita coniunctæ ſint poſſeſſiones & permixtæ proprijs, vt impoßibilem ſeparationem effecerint.* Igitur nullo facto † inuētario, 11
ſeparatio fieri poterit ſi ab hereditariis creditoribus poſtuletur. Nihil enim hoc caſu à Iuſtiniano innouatum eſt, nec alij quàm ſibi ſuiſve propriis creditoribus nocere poteſt heres qui reſpuit beneficium inuentarij, ſicut è contrario agnitum illud beneficium non prodeſt alij quàm heredi, niſi quòd conſequenter per heredis perſonam prodeſt etiam ipſius creditoribus, non vt deteriorem cauſſam faciant creditorum hereditariorum, ſed vt fruantur ipſi commodo ſeparationis heredi datæ, quam alioqui proprio iure ex edicto prætoris petere & impetrare non potuiſſent, ne per concurſum creditorum defuncti difficiliorem iurium ſuorum perſecutionem experiantur.

ERROR TERTIVS.

De curatore dando hereditati tanquam iacenti, quæ agnita eſt cum beneficio legis & inuentarij.

SVMMARIA.

1 *Sententia erronea pragmaticorum de curatore dando hereditati tanquam iacenti, quæ agnita eſt cum beneficio legis & inuentarij.*

2 *Qua ratione ſuam aſſertionem ſuffulciant pragmatici.*

3 *Autoris in oppoſitum diſputatio.*

4 *Inuentarij commoda.*

5 *Heres ex eo quòd implorauit beneficium inuentarij non minùs verè heres eſt.*

6 *Hereditas non adita dici nequit, quæ heredem ſeu dominum habet, aut iacens, quæ adita eſt.*

7 *Improbabile eſt ſi quis exiſtimet hereditatē meliùs defenſum iri à curatore, quàm ab herede.*

8 *An quo caſu heres eſt defuncti creditor, debeat dari curator hereditati?*

9 *Heres, cui propter imploratum inuentarij beneficium ſalua ſunt actiones, non propterea eſt actor contra pragmat.*

10 *Heres deducit fideicommiſſum ſibi debitum, licèt nullus hereditati datus ſit curator.*

11 *Si hereditate purè adita ſaluum Heredi maneat ius retentionis, nec curator in eam rem dandus ſit, idem multò magis admittendum erit facto inuentario.*

12 *Inuentario non facto heres creditoribus & legatarijs defuncti in ſolidum ſatisfacere tenetur.*

13 *Quatenus iure veteri obligatus erat heres legatarijs, non confecto inuentario.*

14 *Quatenus iiſdem obligetur heres ex Nou. 1. de her. & falcid.*

15 *Ex eo quod ſalua manent actiones heredi non eſt à Iuſtiniano conſtitutum vt hereditati curator detur, contra pragmat.*

16 *Curator bonis quandoque datur.*

17 *Non tamen iis quæ dominum habent præſentem.*

18 *Quo ſenſu dicatur beneficium inuentarii inducere ſeparationem patrimoniorum defuncti & heredis.*

SVAVIS hic † error eſt, & dignus ſubtilitate pragmaticorum. A- 1
dita enim hereditate cum beneficio, vt loquuntur, legis & inuentarij, non dubitant quin hereditati curator dari debeat tanquam iacenti, propterea quòd, † inquiunt, perinde ſaluæ ſunt heredi a- 2
ctiones, quas aduerſus defunctum habuit acſi adita hereditas non eſſet, proinde aliquem conſtitui neceſſe eſt, qui actiones illas hereditatis nomine excipiat, vt non tantùm actor ſit, ſed etiam reus aliquis & defenſor. Non enim cæteri creditores hereditarij, in quorum necem imploratum legis beneficium eſt, videri poſſunt legitimi contradictores, quia licèt eorum quàm maximè interſit, non vllius etiam alterius vt heredis actio-

nes ad amuſſim perpendantur, & ſi fieri poteſt, ſummoueantur, non tamen repræſentant perſonam defuncti cuius fuerunt creditores, cùm in iura illius nullo modo ſucceſſerint. Hereditas ipſa eſt quæ repræſentat quandiu adita non eſt. *l. non minùs 31. §. 1. D. de hered. inſtitut. l. hereditas 34. de acquir. rer. domin.* Poſtquàm verò adita eſt, ſicuti deſinit eſſe hereditas, fitque patrimonium heredis, ita heres ille eſt qui tùm repræſentare incipit, & quidem adeò vt per retrofictionem aditione ad tempus mortis reuocata, ab eo tempore perſonam defuncti repræſentaſſe exiſtimetur. Cùm itaque, vt pragmatici exiſtimant, hereditas agnita cum beneficio legis & inuentarij, habeatur partim pro agnita, partim pro non agnita: pro agnita, quod ad creditores attinet: pro non agnita, quod ad heredem ipſum, planè conſentaneum videtur vt hereditati curator detur, qui actiones excipiat, & quidem non eas tantùm quæ heredis propriæ ſunt, ſed & cæteras creditorum omnium, quoniam & hereditatis intereſt propter defuncti exiſtimationem vt ſoluendo eſſe reperiatur, nec heredi ipſi aut colludendi, aut ſegniùs creditores propulſandi facultas vlla relinquatur. Eóque paſſim iure vtimur.
3 Mihi † autem videtur nihil ſtultius, & improbabilius dici poſſe. Nam cùm
4 inuentarij † duplex commodum ſit; vnum illud, vt ſi quas heres aduerſus defunctum actiones habuit, eas ſaluas retineat, perindéque poſſit exercere acſi heres non eſſet; alterum vt adeundo non ſe obliget creditoribus aut legatariis defuncti ſupra vires hereditarias, nemo non videt poſſe inuentarij beneficium heredi eſſe vtile, tametſi nihil ipſi debeatur, nimirum ſi hereditas ſuſpecta ſit, aut ære alieno onerata. Quo caſu quis color obſecro iuris aut æquitatis ſuadere poteſt vt hereditati curator detur, aut vt hereditas adhuc iacere videatur? An fortaſſe beneficium † inuentarij efficit ne
5 heres qui implorauit, verè heres eſſe poſſit? Imò verò heres reuera eſt, defunctique perſonam repræſentat, non minùs quàm ſi beneficium illud non imploraſſet, indéque fit vt & actiones omnes hereditarias exercere poſſit, & à debitoribus hereditariis exigere, ac ſimiliter creditoribus hereditariis ſoluere *l. vltim. Cod. de iure delib.* quorum omnium nihil fieri poſſe per curatorem iſtum hereditati tanquam iacenti datum, etiam Pragmatici fatentur. Quod ſi verum eſt, vt eſt, heredem illum eſſe, tùm etiam cùm legis & inuen-
6 tarij beneficium agnouit; rogo an poteſt dici hereditas † non adita, quæ heredem, id eſt dominum habet, aut iacens quæ eſt adita? aut adita pro parte, quin ſit in totum etiam inuito herede? Nam ſi quis dicat neceſſariam
7 eſſe curatoris † dationem, vt hereditas meliùs defendatur, néve inter heredem & creditores colludatur, is profectò malè nouerit quàm è contrariis frequens colluſio ſit curatorum huiuſmodi & heredum, quantáque incuria in defendenda cauſſa hereditatis, vt nec iàm niſi dicis gratia interponi videantur, & vt ſollennitati iuris ſatisfiat, ne ſine reo & defenſore iudicium conſiſtere videatur. Et verò abſurdum ſit exiſtimare curatorem, cuius nihil prorſus intereſt (ſumi enim ſolet ex iis qui nihil omnino iuris in hereditate aut in hereditatem habent) maiore ſtudio defenſurum hereditatem, aduerſus creditores, quàm heredem ipſum, cuius lucro ceſſurum ſit ſi fortè hereditas ſoluendo eſſe reperietur. Vnus ergo ille tantùm caſus † ſu-
8 pereſt, in quo error pragmaticorum prætextu aliquo defendi poſſit, ſcilicet ſi heres qui hereditatem agnouit cum beneficio legis & inuentarij, idem creditor defuncti fuit. Inconueniens enim videtur ſanè, vt idem ſit & actor

& reus

& reus,aut vt cæteri creditores , qui defuncti perſonam non repręſentant,
proprias heredis actiones hereditatis nomine excipiant. Sed negandum
eſt heredem † eſſe actorem. Sic enim fiet vt nihil ſit neceſſe reum aliquem & 9
defenſorem conſtitui aduerſus quem heres agat. Etenim quod dicimus he-
redi ſaluas eſſe ſuas actiones propter imploratum legis & inuentarii bene-
ficium,non eò pertinet vt heredem pro iuribus ſuis conſequendis agere o-
porteat,ſed eò potiùs , vt quod ille aduerſus defunctum , ſi viueret , agendo
conſequeretur , perinde poſſit conſequi etiam poſt aditam defuncti debito-
ris hereditatem,ſed tamen iure exceptionis & retentionis , agentibus ſcili-
cet contra eum creditoribus. Nam ex iuris regula cui damus actionem, mul-
to magis damus exceptonem & retentionem, Nec quod reus quoque in
exceptione actor eſt,ad rem facit. Sic enim fit actor,vt ſimul & ſemel qui pri-
mus actor fuit , reus ex ea parte fiat , nec alius quærendus aut ſubiiciendus
ſit qui rei partes ſuſtineat. Alioqui dicendum erit eadem ratione , ſi he-
reditas purè adita ſit , quæ legatis aut fideicommiſſo vniuerſali onerata fuit,
heredem cui fideicommiſſum antiquius debeatur, non aliter id deductu-
rum , quàm ſi curator hereditati detur , qui fideicommiſſi illius nomine
conueniri poſſit vt ſciatur an debeatur. Et tamen id falſum eſt. Deducit e-
nim heres † fideicommiſſum ſibi debitum tanquam æris alieni loco , & ſi- 10
militer omne æs alienum quod ſibi à defuncto debebatur , etiamſi curator
nullus hereditati datus ſit , defendentibus nimirum illis ipſis legatariis aut
fideicommiſſariis à quibus conuenitur *l. in imponenda 6. l. irritum* 8. C. *ad leg.
falcidiam. dict. l. cùm pater* 77. *§. antepen. D. de legat.* 2. Quis enim vnquam
dixit,hereditati quæ purè adita eſt , curatorem dari debere vllo caſu , tan-
quam iacenti? Quòd ſi illo etiam caſu quo hereditas † pure adita eſt,ſaluum 11
heredi manet ius retentionis, nec curator in eam rem dandus eſt,quidni idem
admittemus facto inuentario? Nam nec inter hos caſus quicquam inter-
eſt , ſi iuris veteris rationem inſpicias , niſi quod ſi inuentarium † factum 12
non eſſet , heres creditoribus & legatariis defuncti in ſolidum ſatisfacere
teneretur , neque deducere poſſet aduerſus creditores quod ſibi deberetur,
quia cùm adeundo ſeipſum ille obligauerit , tenetur creditoribus etiam
ex propria perſona,nec intereſt creditorum , an ex bonis hereditariis ſoluat,
an ex propriis , dummodò ſuum conſequantur. Itaque non auferunt
hereditatem ab herede,imò nec minuunt cùm hereditas non dicatur dedu-
cto ære alieno , ſed æs alienum etiam , ſicut & incommoda cætera non mi-
nùs quàm commoda in ſe contineat. Proinde mirum non eſt nullum here-
di ſupereſſe hoc caſu ius deductionis, manente eadem ratione confuſionis
poſt aditionem retinendæ, quæ fuit ab initio eiuſdem per aditionem
inducendæ. In legatariis † ſanè aliud eſt , quia cùm legata non ex bo- 13
nis heredis præſtari debeant , ſed omnino ex hereditariis , deducto e-
tiam omni ære alieno , adeoque ſalua heredi falcidia ſi dodrantem
excedant (tantum abeſt vt de ſuo ea ſoluere teneatur) non impedit
obligatio legatorum , quominùs heres deducat & retineat quicquid
ſibi debetur, quoniã illud omne eſt extra cauſſam hereditatis quæ per
legata delibatur & diminuitur. Quæ ratio eſt *d. l. in imponenda.* Quanquam 14
hoc hodie † immutatum eſt per conſtitutionem Iuſtiniani in *Nouell.* 1. *De he-
red. & falcid.* quæ fecit vt ſi inuentarium nullũ conſcriptum ſit, heres non mo-
dò creditoribus (quod iam erat conſtitutum in *l. vlt. C. de iur. delib.*) ſed etiam

Digitized by Google

legatariis in ſolidum teneatur. Sic enim id accipi debet, non ſolùm vt falcidiæ beneficio aduerſus eos nõ vtatur qui Iuſtiniani beneficio vti noluit, quomodo cautũ erat in *d.l.vlt.* quæ in caſum non confecti inuentarii nihil aliud induxerat, niſi vt antiqua iura ſeruarentur *§.fin. autem hoc aliquis. ead.leg.* ſed etiam vt ſi ære alieno exhauſta ſit hereditas, legata de ſuo præſtare heres teneatur *d.Nouell.1.§.ſi verò non fecerit.* Atq; ita comparantur hodie, poſt *dict. Nouellam* legatarii creditoribus odio heredis qui inuentarij beneficiũ neglexit. Cæterum facto inuentario, ſicut ceſſat ratio illa cõfuſionis quæ obſtat heredi, ne habeat ius deducẽdi & retinendi proprii debiti aduerſus creditores: Itémq; conſtitutio illa Iuſtiniani quæ eidẽ heredi nocet ne aduerſus legatarios & fideicommiſſarios aut falcidiam ponere, aut quod ſibi debetur deducere vel retinere poſſit, ita fatendũ eſt ſic ei ſaluas eſſe proprias actiones, non vt eas exercere cogatur, ſed vt perinde poſſit deducere & retinere quod ſibi debetur, atque olim poterat adita purè & ſimpliciter hereditate, cùm nullus
15 adhuc inuentarii vſus eſſet: Id eſt, per viam exceptionis, nullo in eam rem neceſſario curatore. Neque ſanè in vtraque Iuſtiniani † cõſtitutione verbum vllum aut indiciũ De curatore ex hac cauſa hereditati dando, quod tamen non erat prætermittendum ſi admittendum fuiſſet, ſed contra De iure excipiendi & retinendi eius quod heredi debetur, aperta ſunt verba Iuſtiniani in *d.l.vlt. §.in computatione.* de cuius ſententia dicemus ad finẽ capitis ſequentis. Sed etſi faterer quod ſemper negabo, dari ex hac cauſſa curatorem oportere, dicerem
16 tamen dãdum eſſe curatorẽ bonis, † vt fieri ſolet, cùm abſente aut latitãte debitore creditores in bonorum eius poſſeſſionẽ mittuntur, & de crediti cuiuſque iure & ordine inter eos diſputatur vt ad bonorũ venditionem perueniri poſſit, *Tit. D. de curat. bon. dand.* Faciliùs enim ferendum eſt vt detur curator bonis, quandoquidẽ etiam poſt aditionem bona defuncti quodam modo dici poſſunt, quoniã aliquando fuerunt, quàm vt detur hereditati aditæ, ſiue dicas
17 dari hereditati ſimpliciter, ſiue tanquam iacenti, quia nec hereditas vlla eſt, niſi quæ iacet. At neque iuris ratio patitur, vt bonis † curator detur, quæ re vera non defuncti ampliùs bona ſunt, ſed heredis, quæque dominum habent præſentem, & ad bonorum defenſionẽ ſuſpiciendam paratũ, inſtructúmque.
18 Nam quod dicimus inuentarii † beneficium inducere ſeparationem patrimoniorũ defuncti & heredis, non ſic accipiendum eſt, vt bona defuncti maneant defuncti (quòd nec fieri poteſt, quia cùm is qui defunctus eſt iam nullus ſit, eſſent nullius) ſed vt quamuis acquirantur heredi, nec minus in eius dominio ſint, quàm quæ in proprio habet patrimonio (alioqui non eſſet heres ſi nõ eſſet dominus *§.vl. Inſtit. de hered. qualit. & differ.*) ſeparatã tamen habeant rationem, hactenus vt ex ipſis duntaxat non etiam ex iis quæ propria heredis fuerunt, eíque aliunde quàm ex defuncti hereditate acquiſita, tam creditoribus quàm legatariis & fideicommiſſariis defuncti ſatisfiat; acſi bona defuncti cum bonis heredis confuſa non eſſent poteſtate iuris, quæ tamen re vera per aditionem ſunt confuſa.

ERROR QVARTVS.

De iurium vniuerſalium & ſingularium confuſione quæ fit per aditionem hereditatis.

SVMMARIA.

1 *Erronea pragmaticorum traditio iura vniuerſalia per aditionem non confundi.*

2 Ex

2 *Ex eo quòd idem ſui ipſius non poßit eſſe debitor & creditor, ſequitur etiam iura vniuerſalia per aditionem confundi.*

3 *Licet iura omnia per hereditatis aditionem confundantur, iure tamen veteri retinentur & deducuntur per heredem iure exceptionis.*

4 *Iure verò Iuſtinianeo ita demum deducuntur, ſi heres inuentarium confecerit.*

5 *Heres qui inuentarij confectionem neglexit obligatur in ſolidum creditoribus, legatarijs & fideicommiſſariis.*

6 *Non confecto inuentario hereditas non modò confuſionis, verùm etiam ſolutionis loco cedit propter præſumptam heredis malam fidem.*

7 *Confecto inuentario cedit hodie hereditas confuſionis loco, at non ſolutionis.*

8 *Conſtitutione Iuſtiniani non eſt factum vt implorato inuentarij confuſio iurium heredis impediretur, aduerſus pragmaticos & interpretes*

9 *Quid noui induxerit Iuſtinianus in Nou. 1. de falcid. & falcid. §. ſi verò non fecerit.*

10 *Iuſtinianus malus Latinitatis autor.*

11 *Sententia l. vlt. §. in computatione. C. de iur. delib.*

12 *Nihil cauſæ eſt cur implorato inuentarij beneficio curatorem hereditati tanquam iacenti aut bonis defuncti dari oporteat.*

FREQVENS pragmaticorum † verbum eſt, vndetamen hau- 1
ſtum planè neſcio. Iura vniuerſalia non confundi per aditio-
nem hereditatis. Quod falſum eſt. Nam cùm ea confuſio
quam poteſtas iuris ex aditione inducit, non aliam † rationem 2
habeat, quàm quòd fieri non poſſit vt idem ſui ipſius ſit debi-
tor & creditor, quod alioqui contingeret confluente in eandē
perſonam iure debitoris & creditoris *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aditio. D. de ſolut. l. debitori 7. Cod. de pact.* Apparet non magis fieri poſſe quod ad iura vniuerſalia, quàm quod ad cætera pertinet, vt confuſio nulla fiat debiti & crediti eodem exiſtente debitore & creditore. Vtroque ſiquidem caſu eadem ratio locum habet. Quódque in vniuerſali iure fideicommiſſi heredi ipſi à defuncto debiti conſtitutum legimus in *l. irritum 8. C. ad leg. Falcid.* vt ab herede poſſit deduci, idem ipſum in alio quolibet debito & heredis iure quantumlibet ſingulari ſcriptum etiam eſt in *l. in imponenda 6. eo. tit.* Quinimò nec in fideicommiſſo vniuerſali ius illud obtinet, niſi quia fideicommiſſum eiuſmodi loco æris alieni eſſe intelligitur, *dict. l. irritum.* Quid ergo refert an fideicommiſſum vniuerſale fuerit an ſingulare, quod heredi ipſi à
defuncto debitum fuit? Iura nimirum † omnia & vniuerſalia & ſingularia 3
per hereditatis aditionem confunduntur, nec eo minùs tamen deducuntur & retinentur per heredem iure exceptionis, ſi quando ei hereditatis commodum vel ex cauſſa fideicommiſſi quod ab eo relictum ſit, vel per legatarios, non tamen per creditores afferatur: tametſi hereditatem purè adierit, iure ſcilicet vetere inſpecto, vt conſtat ex *dict. l. in imponenda & dict. l. irritum.* Nā
iure nouo † id eſt poſt Iuſtiniani conſtitutiones, in *dict. lege vltima. Cod. de* 4
iure deliberandi. & Nou. 1. De here. & falcid. diſtinguendū neceſſariò eſt, an inuentarij beneficium imploratū ſit, necne, non quod pertinet ad ius confuſionis (ſiue namq. inuentarium factum fuerit ſiue non confuſio fit, quoniam & is qui cū beneficio inuentarij heres eſt, reuera heres eſt, & cōſequenter idē debitor & creditor) ſed quod attinet ad ius deductionis & retentionis, quoniam is qui inuentarium confecit, ius habet deducendi & retinendi eodem quo olim iure exceptionis, quicquid ſibi à defuncto debitum fuit, nec tantùm aduerſus legatarios, ſi de ponēda falcidia quæratur, aut aduerſus fideicōmiſſarios ſi ex fideicommiſſo reſtituenda ſit hereditas: ſed etiā aduerſus ipſos creditores hereditarios, quod olim diuerſum erat (non enim ſicut legis falcidiæ cum legatariis, ita & æris alieni ratio cum creditoribus ponitur deducto ære alie-

no.) Qui verò inuentarium neglexit, non item: ne quidem quod ad ipſos legatarios & fideico.nmiſſarios ſpectat, poſtquam placuit Iuſtiniano vt in
5 pœnam neglecti inuentarij † obligetur heres non ſolùm creditoribus defuncti, ſed etiam legatariis, & fideicommiſſariis omnibus, & quidem in ſolidum, id eſt, non ad finem vſque puræ defuncti ſubſtantiæ, quomodo loquitur Iuſtinianus in *§. ſi vero non fecerit d. Nouell.* 1. *De hered & falcid.* eius nimirum quæ ſupereſt detracto omni ære alieno *l. vltim. Cod. de repub.* ſed etiam ſupra vires hereditatis: inde enim fit vt hodie legatarij & fideicommiſſarij non iam legatariorum & fideicommiſſorum, vt anteà, ſed creditorum iure hoc caſu cenſeantur quemadmodum ſuperiore capite à nobis explicatum eſt. Denique cùm aditio † nonnumquam cedat loco confuſionis,
6 nonnumquam etiam loco ſolutionis *dict. §. aditio*, Iuſtiniani conſtitutionibus inductum eſt, vt non modò confuſionis, verùmetiam ſolutionis loco cedere debeat ſi inuentarium nullum factum ſit. Non illa ſolùm ratione quæ iuris veteris fuit, quod ſoluendo eſſe intelligatur hereditas quæcumque heredem habet *l. quæ dotis* 33. *D. ſolut. matrim. l. libertus* 39. *D. de bon. libert.* (neque enim ſolutionis loco cedebat olim aditio cuius commodum heredi non per creditores, ſed per legatarios aut fideicommiſſarios eriperetur *l. debitor.* 56. In illis verbis, *verum eſt enim non eſſe ſolutam pecuniam.* D. *ad* S. C. *Trebell. d ict. l. in imponenda. & dict. l. irritum. l. cùm emptor.* 48. D. *ad leg. falcid.*) At propter præſumptam heredis malam fidem qui dolo malo in hereditate verſatus, & vt Nouellæ verbo vtar, multa malignatus præſumitur, multa etiam ſubtraxiſſe ex quibus ſibi ſoluiſſe credendus eſt: cui præſumptioni non perinde locus olim erat priuſquam inuentarij beneficium inductum eſ-
7 ſet. Facto † autem inuentario cedit hodie aditio confuſionis etiam quidem loco (nam ſicuti Iuſtinianus non fecit vt qui heres eſt cum beneficio inuentarij non ſit reuera heres, ita nec facere potuit vt per beneficium inuentarij confuſio iurium impediatur, quam diximus ex eo fieri quod heres idémque creditor adeundo hereditatem debitoris, ſui fiat etiam debitor) ſed nõ etiam loco ſolutionis, ſicuti nec olim quod ad legatarios & fideicommiſſarios. Nam ſi ſolutionis quoque loco cederet, non ſupereſſet ſaluum heredi ius deducendi & retinendi quod ſibi debitum eſſet à defuncto, quódque pro iam ſoluto haberetur, quod tamen hodie ſaluum quemadmodum & olim fuit, hæc ſola differentia quòd cùm olim non niſi aduerſus legatarios & fideicommiſſarios ſaluum eſſet, hodie tamen etiam aduerſus creditores ipſos ſaluum eſt. Nempe quòd ſicut æquum eſt duriorem eſſe hodie condicionem eius qui hereditatem abſolutè adit, quàm olim eſſet propter inductum à Iuſtiniano neglectùmque ab herede beneficium inuentarij, hactenus vt ne quidem quod ad legatarios & fideicommiſſarios attinet ſaluum habeat ius retinendi & deducendi eius quod ſibi à defuncto debebatur: Ita ex contrario meliorem eſſe oporteat condicionem illius qui inuentarium confecit quàm fuiſſet olim heredis puri: vel hoc ipſo vt beneficium aliquod ex Iuſtiniani lege heres ſentiat: cui proculdubio fauere Iuſtinianus voluit, non nocere. Alioqui non poſſet dici quis foret effectus nouæ conſtitutionis, niſi ille vnus (quòd prorſus à Iuſtiniani mente alienus eſſet) vt heredum qui inuentarium non conficerent durior eſſet cauſſa, quàm olim fuiſſet ante inuentarij beneficium introductum. Itaque apparet non ſolùm pragmaticos
8 † quod minùs mirandum dolendúmque eſſet, ſed eruditiores etiam pleróſque

roſque iuris interpretes partim hîc labi, exiſtimantes Iuſtiniani lege factum eſſe vt implorato beneficij,inuentarij confuſio iurium heredis omnino impediatur,quæ ſanè nullomodo nulláque iuris conſtitutione impediri poteſt. Debuerunt dicere Iuſtiniani lege†hoc noui induxiſſe,vt quamuis per aditionem confuſio fiat iurium,non tamen ea confuſio ſolutionis etiam iure cen- 9
ſeatur,nequidem quod ad creditores multo minùs igitur quod ad legatarios & fideicommiſſarios, qui nec creditores ſunt, nec pro creditoribus habentur, niſi in odium eius heredis qui inuentarij beneficium vltro neglexit: idque non ex *dict.l.vlt. C. de iure deliberandi.* quę de creditoribus tantùm loquitur,neque obligat heredem legatariis in ſolidum, niſi hactenus vt Falcidiam detrahere non poſſit,ſed ex *dict. Nouell.1. de hered.& falcid.§.ſi verò non fecerit.* quæ primùm hoc ius vinduxit,vt legatariis & fideicommiſſariis exēplo creditorum heres qui inuentarium non fecit obligetur etiam ſupra vires hereditatis.i.nec falcidiæ iactura liberetur. Sicque proculdubio accipiendum eſt,quod Iuſtin.†alioqui ſatis malus latinitatis & iuris auctor ſcribit † in *d.l.* 10
vlt.§.in computatione, Actiones non confundi quas contra defunctum habuit 11
heres qui inuentarium fecit.arg.*d.l.in imponenda,* in cuius ſpecie non confuſio quæ per aditionem hereditatis contingit,ſed confuſionis effectus impeditur, viſque deducendi & retinendi proprii debiti herediconſeruatur. Nam & ad ius illud deductionis,exceptionis & retentionis proculdubio reſpicit Iuſtin. in *dicto §.in computatione.* vt probant priora illa verba *damus ei licentiam excipere & retinere quicquid in funus expendit,* &c. Quo enim iure poteſt heres excipere & retinere quod in funus impendit niſi tanquam factus ex ea cauſa creditor? Quid verò intereſt quod ad formam agendi pertinet vtrum heres creditor eſſe cœperit poſt mortem defuncti, an verò iam ipſomortis tempore creditor fuerit? Proinde quod lex ait actiones,ſi quas habuit, eas confuſas non intelligi,ſic omnino accipiendum eſt vt eodem exceptionis & retentionis iure ſibi conſulere heres poſſi ne actionum ſuarum commodo cadat. Ex quo apertiùs conſtat quàm verum ſit quod ſuperiore capite diſputauimus,nihil cauſſæ eſſe cur implorato †legis & inuentarii beneficio curatorē 12
hereditati tanquam iacenti aut boni defuncti dari oporteat. Quid ſi heres ipſe defuncto debuit,an confuſio fiet,aut quomodo agent creditores: Dicam infrà cap.6.ad fin.

ERROR QVINTVS.

De he herede qui dolo malo verſatus eſt in hereditate cuius inuentarium fecit.

SVMMARIA

1 In confectione Inuentarij multas ſolennitates præſcripſit Iuſtinianus.

2 Inuentarium ſolenne quod.

3 Heres tenetur inuentario ſubſcribere & adhibito iureiura ndo affirmare ſe nullius malignitatis conſcium eſſe.

4 Etiam teſtes tenentur iurare quòd adfuerint, & in nullo cōſcij ſint facta ab herede malignitatis

5. An inuentarij beneficio priuandus ſit heres qui dolo malo verſatus eſt in hereditate.

6 Sententia pragmaticorum affirmans, & eiuſdem ratio.

7 Vbi heredis dolus nullus interuenit, ſi per culpam tabularij aliquid peccetur in forma inuentarij conficiendi, illud non cedit damno heredis.

8 Ratio proximè allati pronunciati.

9 Si dol⁹ heredis interueniat,eā pœnā. patitur heres.ex Iuſtin.lege,vt duplū pſtet aut ſibi impu

rit earum rerum quas celauit aut ſubtraxit. & num.17.

10 *Quodnam ſit Iuſtiniani inſtitutum in l. vl.C.de iur.delib.& Nou.1.de hered.& falcid.*

11 *Heres beneficio legis priuandus eſt, vbi & vitium dolus interuenit, & ſolennitas aliqua inuentarij ab eo neglecta eſt; & num.14.*

12 *Ex eo quod Iuſtinianus conſtituit, vt heres ſubſcribendo iuret ſe nihil circa res hereditarias dolo malo feciſſe, non ſequitur eum beneficio legis priuandum ſi dolum duntaxat admiſerit.*

13 *Heres qui ſubſcripſit ſe nihil feciſſe dolo malo, ſi de ea re nullum iuſiurandum interpoſuit & tamen doloſè verſatus ſit ex l.vlt. Conſtitutione Indignus eſt inuentarij beneficio.*

11 *Heres qui doloſè verſatus eſt, & peierauit, non eſt indignus inuentarij beneficio, ex Iuſtiniani lege.*

17 *Quid ſentiat autor de ſupradicta Iuſtiniani lege, vide etiam cap.ſeq.n.15.*

19 *Quantum ſit hodie abuſus beneficij inuentarij, & quomodo ei à Principe occurrendum eſſet.*

MVLTAE ſunt & variæ † ſolennitates quas obſeruari Iuſtinia-
1 nus præcepit in conficiendo inuentario ab herede qui legis &
inuentarii beneficium implorauit; propter quam cauſam nec im.
meritò ſolenne†hoc inuentarium vulgò appellatur ad differen-
2 tiam ceterorum, quę à tutore aut curatore bonis dato & aliis eiuſmodi per-
ſonis fieri ſolēt, qua vix vllam iuris ſolennitatem aliam deſiderant quàm vt
3 bona fide conſcribantur. Inter ceteras autē ſolēnitates vna illa eſt, vt heres†in-
uentario ſubſcribat, & affirmet non nuda ſubſcriptione, vt conſtitutum erat in
l.vl.§.fin antē dubius.C.de iur.delib. ſed quod additum eſt per *Nouel.1.§.hinc
nobis.De her.& falc.* adhibito etiam iureiurando, nullius ſe conſcium eſſe
malignitatis, id eſt, vt apertiùs explicat *dict.l. vltim.* quod nulla malignita-
te circa res hereditarias à ſe facta vel facienda, eæ res apud ſe remaneant.
Quin & ab ipſis teſtibus † iurari Iuſtinianus voluit, quòd adfuerint
4 iis quæ geſta ſunt, & viderint quæ tunc agebantur, & in nullo conſcii ſin factę
ab herede malignitatis, quę ipſa Nouellæ verba ſunt. Hinc quæritur, ſi poſteà
5 cōuictus†ſit heres aliquid ex hereditate ſubripuiſſe aut celauiſſe, vel admouē-
dum curauiſſe, An inuentarii beneficio priuandus ſit, & doli nomine hacte-
nus coercendus, vt creditoribus & legatariis omnibus in ſolidum, id eſt etiam
6 ſupra vires hereditarias teneatur. Pragmaticis †placet teneri, ratione illa, ſanè
vt prima ſpecie videtur, non iniqua nec abſurda, quòd legis beneficio indi-
gnus ſit qui dolum admiſit & qui in legem ipſam peccauit addito etiā periu-
rio, ne alioqui eueniat vt & periurii ſui fructum ſentiat, & Iuſtiniani benefi-
ciū ad creditorum & legatariorū iniuriam protrahatur, iiſque captioſum ſit
quod nunquam certè ferendum eſt, *l.Paulus notat.8.D.de ſtipulat.prætor.* Ex-
7 tra hanc cauſſam, id eſt nullo circa res hereditarias†admiſſo dolo, ſi quid pec
catum ſit in forma conficiendi inuentarij propter omiſſas aliquas ſolennita-
tes culpa fortaſſis tabularij, id eſt eius qui tabulis & ſcripto committit inuen-
tarium, non putent pragmatici vſque adeò inhumanè agendum eſſe cum he-
rede cuius dolus nullus arguatur, vt legis auxilio quod implorauit carere de-
beat; & hoc iure vtimur. Mihi poſterior huius pragmaticorum ſententiæ
8 pars probatur prior non item. Nam cùm heredis dolus † nullus interuenit,
iniquiſſimum ſanè fuerit ex ſola tabularij culpa damnum ipſi irrogari pręſer-
ſertim cùm nec imputari ei poſſit cur tabularium non elegerit peritiorem:
ſolent enim qui inuentaria hæc conſcribunt à iudicibus eligi, & ex eorum
quidem numero quos iudex ſciat in ea re melius verſatos, vt pauci ſunt qui
hanc praxim adprimè calleant, vixque vnquam contingit adeò exactè ſatisfie-
ri ſolennitatibus omnibus, vt non in aliquo peccetur. Et certè aliter poſito
iure eueniret facilè vt ipſi quoque heredi beneficium ipſum inuentarij eſ-
ſet captioſum, cùm is non aliter ſuſpectam defuncti hereditatem fuiſſet
aditurus,

aditurus,at potius repudiaturus. Neque verò quicquam intereſt creditorum & legatariorum, quibus vtriſque conſuli poteſt commodè alio inuentario, quod ipſius tabularii ſumptibus ab alio tabulario ritè rectéque reficiatur. Nimirum ſi quid omiſſum ſit ex iis ſolennitatibus quæ ſunt præcipui & maioris momenti: Leuiorum enim omiſſio non ſolet nocere, niſi accedente dolo,nec facilè iudices in eam inclinant ſententiam, vt inuentarium licèt minùs ritè factum pronuntient nullum eſſe. Intereſſet quidem creditorum & legatariorum purè aditam eſſe hereditatem, potiùs quàm cùm beneficio legis & inuentarii, ſed poſtquam ſemel adita eſt implorato legis beneficio nihil eorum intereſt an ex priore an ex poſteriore inuentario beneficium legis retineatur. At cùm heredis dolus interuenit, † fateor quidem æquum 9
fore conſtitui,vt creditoribus & legatariis in ſolidum & ſupra vires hereditarias teneretur is, qui lucrum illicitum ex alterius iniuria per legis beneficium dolo malo captaret,ſed tamen nego ita ius conſtitutum fuiſſe. Eſt enim expreſſa in eam rē cōſtitutio Iuſtiniani in *d.l.vlt.§.licentia.in fi.C.de iu. delib.* vbi ſcriptum eſt heredē,qui agnouit beneficium legis & inuentarii, & inuentarium fecit iuxta eam formam,quæ ipſa lege preſcripta eſt,ſi conuictus fuerit aliquid ex hereditate ſubripuiſſe,aut celauiſſe,vel admouendum curauiſſe,non aliam pœnam pati debere, quàm vt duplum pręſtet,aut ſibi imputet earum rerum quas celauit aut ſubtraxit. Manet igitur nihilominùs heres ex beneficio legis & inuentarij, qui & duplum ipſum, tanquam talis heres præſtat,quandoquidem ſi ex eo dolo fieret heres abſolutè nulla inuentarij habita ratione,fruſtra condemnaretur ad duplum inferendum qui etiam non illato duplo in ſolidum omnibus & creditoribus & legatarijs ſatisfacere cogeretur. Non enim quod dicimus duplum ab eo præſtari, hunc ſenſum habet,vt cui ex creditoribus aut legatarijs centum debentur,cogatur ducenta ſoluere,ſed illum potiùs vt ſi rem ſubtraxerit dignam centum,cogatur inferre ducenta in hereditatem, vt hereditas iis centum aucta locupletior fiat, & debitis legatíſque exſoluendis idoneior. Neque poſſum videre quænam in nouella Iuſtiniani lege *De hered. & falcid.* verba ſint ex quibus ſupradicta prioris conſtitutionis pars correcta videri poſſit. Etſi enim apertum eſt Iuſtinianum in *d.l.vlt.* id vnum agere vt faueat heredibus legis ſuæ beneficium 10
agnituris,hactenus, non vt creditoribus & legatariis damnum adferat, ſed duntaxat vti ne ex damnoſæ hereditatis aditione meliorem ipſorum conditionem fieri patiatur. In nouella verò contra proſpicere magis velle creditoribus & legatariis non quaſi priore lege abrogata, ſed in odium heredis beneficium inuentarij aut ſtatutas præſcriptáſque ſolennitates negligentis, tamen quod ad hanc rem attinet, id eſt in coercenda malignitate heredis qui ſubtraxit res hereditarias nihil prorſus noui Iuſtinianus induxit,niſi vno illo caſu, vt verba ipſa demonſtrant, quo heres implorato inuentarij beneficio,tamen neglexerit conficiendi inuentarij ſollennitates. Vtrunque enim Iuſtinianus† requirit,id eſt,vt & forma inuētarij non ſit ritè obſeruata, 11
& dolo malo heredis factum fuerit ne obſeruata ſit. Ex quo magis apparet, ſi nihil præter dolum interuenerit,ſeruatis alioquin ſollennitatibus omnibus, non id velle Iuſtinianum vt heres beneficio legis priuetur. Planè ſi concurrente dolo aliqua ex ſolennitatibus vel minima omiſſa ſit, erit locus conſtitutioni,vt heres in ſolidum condemnetur non propter omiſſionem ſolennitatis duntaxat, nec propter dolum ſolùm,ſed propter concurſum vtriuſque,quoniam ita lex ſcripta eſt. Licet leuiorum ſolennitatum omiſſio alio-

quinimo aduerſus eos potiſsimum lata eſt, vt qui alioquin paratam actionem
aduerſus heredem habituri erant adita per eum debitoris inopis hereditate,
nullam facto inuentario haberent. Atqui ex contrario edictum prætoris *De*
ſeparationib. ſolis hereditariis, non etiam heredis creditoribus proſpicit, ne
confuſio illa patrimoniorum quæ per aditionem inducitur, & conſequenter
heredis inopis creditoribus ipſo iure prodeſt vt locupletiorem habeant de-
bitorem, noceat creditoribus defuncti nullũ pro debito chirographario pri-
uilegium ex temporis ordine habituris. Etſi enim cuique liberum eſt credi-
toris ſui chirographarij cõdicionem duriorem facere, alterius creditoris ſiue
chirographarij, ſiue hypothecarij adiectione, indéque fit vt creditores here-
dis locupletis qui damnoſam hereditatem adiit ſeparationem impetrare ne-
queant aduerſus creditores defuncti *d.l.1. De ſeparat.* non tamen ſimiliter æ-
quum eſt, vt quis per proprios creditores alienis creditoribus iniuriã faciat.
Poteſt quidem facere ſummo iure ſi pauper heres & non ſoluendo adeat he-
reditatem locupletis debitoris, quoniam per aditionem illam fit confuſio v-
triuſq; patrimonij, quę res inducit vt ex bonis quæ defuncti fuerunt perinde
atque ex iis quæ ſolius fuerunt heredis ſatisfieri oporteat omnibus credito-
ribus tam heredis quàm defuncti. Sed cùm eo caſu ſumma iuris ratio pugna-
ret cum æquitate, Prætor pro ſuo imperio corrigendum id putauit, & per-
mittendam defuncti creditoribus ſeparationem bonorum, ne iis noceret fa-
ctum heredis cum quo nõ cõtraxerunt, & de quo in cõtrahendo ne per ſom-
niũ quidẽ cogitarũt. Quis ergo dicat Iuſtinianea illa cõſtitutione, quę nõ niſi
fauore heredis & creditorũ heredis lata eſt, in prejudiciũ creditorũ defuncti
factũ eſſę, vt ſuperuacuũ hodie ſit edictũ *De ſeparationib.* etiãſi inuentarium
cõſcriptum ſit? An ergo abrogatum? Ne hoc quidẽ. Quoniã non in eo nocere
creditoribus defuncti voluit Iuſtinianus, vt per cõcurſum creditorũ heredis
ius eorum minueretur, ſed in eo tãtùm vti ne melior cõdicio ipſorum fieret,
ob id, quod inopis debitoris hereditatem locupletior heres adiiſſet. Sunt au-
tem hæc longè diuerſa, Deteriorem fieri condicionem creditorum defuncti,
9 & non fieri meliorem. Itaque ſi quando † adita hodie ſit hereditas locupletis
debitoris ab herede qui non ſit ſoluendo, & concurrant chirographarij v-
triuſque creditores, æquè neceſſarium erit hereditariis auxilium ſeparatio-
nis atque olim fuit, & æquè habebit locum, licèt inuentarium factum propo-
natur: nõ enim efficit inuentarium quominus heres ſit re vera heres, proin-
déq; acquiruntur ei bona defuncti cõmodo etiam propriorum creditorum,
acſi nullum factum eſſet. Quòd ſi nullum factum ſit, fit quidem confuſio pa-
trimoniorum, ſed non impedit ea res quominus edictũ *de ſeparationibus* lo-
cum habere debeat: quin potiùs confuſionem illã fieri neceſſe eſt vt ſepara-
tioni locus eſſe poſsit: vidi ego, & nudis dentibus riſi aliquando ex pragmati-
10 cis pleroſque abutentes † in contrariam ſententiam, eo quod ſcriptum eſt in
d.l.1.§.prætereà ſciendum.de ſeparat. poſtquam bona hereditaria bonis he-
redis mixta ſunt, non poſſe impetrari ſeparationem, ideo quòd confuſis &
vnitis bonis ſeparatio fieri nequeat. Quaſi verò tractet Vlpianus eo loco de
confuſione quæ fit ſola iuris poteſtate per aditionem hereditatis, ac non po-
tiùs de vera & reali mixtione corporum in hereditate repertorum cum cor-
poribus bonorum heredis. Vt puta, ſi frumenta defuncti mixta ſint cum fru-
mentis heredis, aut numi cum numis, aut quid aliud ſimile ex earum rerum
numero quarum dominium confuſione amittitur. *l.adeo quidem.7. §.vo'un-*

tas.de

tas de acquir. rer. dom. §. ſi quorum. Inſtit. de rer. diuiſ. Idque oſtendunt verba illa Vlpiani, *Quid ergo ſi prædia extent vel mancipia, vel pecora, vel aliud quod ſeparari poteſt?* Item quæ ſequuntur, *Niſi ita coniuncta ſint poſſeſſiones & permixtæ proprijs, vt impoßibilem ſeparationem effecerint.* Igitur nullo facto ✝ inuētario, 11
ſeparatio fieri poterit ſi ab hereditariis creditoribus poſtuletur. Nihil enim hoc caſu à Iuſtiniano innouatum eſt, nec alij quàm ſibi ſuiſve propriis creditoribus nocere poteſt heres qui reſpuit beneficium inuentarij, ſicut è contrario agnitum illud beneficium non prodeſt alij quàm heredi, niſi quòd conſequenter per heredis perſonam prodeſt etiam ipſius creditoribus, non vt deteriorem cauſſam faciant creditorum hereditariorum, ſed vt fruantur ipſi commodo ſeparationis heredi datæ, quam alioqui proprio iure ex edicto prætoris petere & impetrare non potuiſſent, ne per concurſum creditorum defuncti difficiliorem iurium ſuorum perſecutionem experiantur.

ERROR TERTIVS.

De curatore dando hereditati tanquam iacenti, quæ agnita eſt cum beneficio legis & inuentarij.

SVMMARIA.

1 *Sententia erronea pragmaticorum de curatore dando hereditati tanquam iacenti, quæ agnita eſt cum beneficio legis & inuentarij.*

2 *Qua ratione ſuam aſſertionem ſuffulciant pragmatici.*

3 *Autoris in oppoſitum diſputatio.*

4 *Inuentarij commoda.*

5 *Heres ex eo quòd implorauit beneficium inuentarij non minus verè heres eſt.*

6 *Hereditas non adita dici nequit, quæ heredem ſeu dominum habet, aut iacens, quæ adita eſt.*

7 *Improbabile eſt ſi quis exiſtimet hereditatē meliùs defenſum iri à curatore, quàm ab herede.*

8 *An quo caſu heres eſt defuncti creditor, debeat dari curator hereditati?*

9 *Heres cui propter imploratum inuentarij beneficium ſalua ſunt actiones, non propterea eſt actor contra pragmat.*

10 *Heres deducit fideicommiſſum ſibi debitum, licèt nullus hereditati datus ſit curator.*

11 *Si hereditate purè adita ſaluum Heredi maneat ius retentionis, nec curator in eam rem dandus ſit, idem multò magis admittendum erit facto inuentario.*

12 *Inuentario non facto heres creditoribus & legatarijs defuncti in ſolidum ſatisfacere tenetur.*

13 *Quatenus iure veteri obligatus erat heres legatarijs, non confecto inuentario.*

14 *Quatenus iiſdem obligetur heres ex Nou. 1. de her. & falcid.*

15 *Ex eo quod ſalua manent actiones heredi non eſt à Iuſtiniano conſtitutum vt hereditati curator detur, contra pragmat.*

16 *Curator bonis quandoque datur.*

17 *Non tamen iis quæ dominum habent præſentem.*

18 *Quo ſenſu dicatur beneficium inuentarii inducere ſeparationem patrimoniorum defuncti & heredis.*

SVAVIS hic ✝ error eſt, & dignus ſubtilitate pragmaticorum. A- 1
dita enim hereditate cum beneficio, vt loquuntur, legis & inuentarij, non dubitant quin hereditati curator dari debeat tanquam iacenti, propterea quòd, ✝ inquiunt, perinde ſaluæ ſunt heredi a- 2
ctiones, quas aduerſus defunctum habuit acſi adita hereditas non eſſet, proinde aliquem conſtitui neceſſe eſt, qui actiones illas hereditatis nomine excipiat, vt non tantùm actor ſit, ſed etiam reus aliquis & defenſor. Non enim cæteri creditores hereditarij, in quorum necem imploratum legis beneficium eſt, videri poſſunt legitimi contradictores, quia licèt eorum quàm maximè interſit, non vllius etiam alterius vt heredis actio-

nes ad amuſſim perpendantur, & ſi fieri poteſt, ſummoucantur, non tamen
repræſentant perſonam defuncti cuius fuerunt creditores, cùm in iura illius
nullo modo ſucceſſerint. Hereditas ipſa eſt quæ repræſentat quandiu adi-
ta non eſt. *l. non minùs 31. §. 1. D. de hered. inſtitut. l. hereditas 34. de acquir.
rer. domin.* Poſtquàm verò adita eſt, ſicuti deſinit eſſe hereditas, fitque pa-
trimonium heredis, ita heres ille eſt qui tùm repræſentare incipit, & qui-
dem adeò vt per retrofictionem aditione ad tempus mortis reuocata, ab eo
tempore perſonam defuncti repræſentaſſe exiſtimetur. Cùm itaque, vt
pragmatici exiſtimant, hereditas agnita cum beneficio legis & inuentarij
habeatur partim pro agnita, partim pro non agnita: pro agnita, quod ad cre-
ditores attinet: pro non agnita, quod ad heredem ipſum, planè conſenta-
neum videtur vt hereditati curator detur, qui actiones excipiat, & qui-
dem non eas tantùm quæ heredis propriæ ſunt, ſed & cæteras creditorum
omnium, quoniam & hereditatis intereſt propter defuncti exiſtimationem
vt ſoluendo eſſe reperiatur, nec heredi ipſi aut colludendi, aut ſegniùs cre-
ditores propulſandi facultas vlla relinquatur. Eóque paſſim iure vtimur.
3 Mihi † autem videtur nihil ſtultius, & improbabilius dici poſſe. Nam cùm
4 inuentarij † duplex commodum ſit; vnum illud, vt ſi quas heres aduerſus de-
functum actiones habuit, eas ſaluas retineat, perindéque poſſit exercere
acſi heres non eſſet; alterum vt adeundo non ſe obliget creditoribus aut
legatariis defuncti ſupra vires hereditarias, nemo non videt poſſe inuen-
tarij beneficium heredi eſſe vtile, tametſi nihil ipſi debeatur, nimirum ſi
hereditas ſuſpecta ſit, aut ære alieno onerata. Quo caſu quis color obſe-
cro iuris aut æquitatis ſuadere poteſt vt hereditati curator detur, aut vt he-
5 reditas adhuc iacere videatur? An fortaſſe beneficium † inuentarij efficit ne
heres qui implorauit, verè heres eſſe poſſit? Imò verò heres reuera eſt, de-
functique perſonam repræſentat, non minùs quàm ſi beneficium illud non
imploraſſet, indéque fit vt & actiones omnes hereditarias exercere poſſit,
& à debitoribus hereditariis exigere, ac ſimiliter creditoribus hereditariis
ſoluere *l. vltim. Cod. de iure delib.* quorum omnium nihil fieri poſſe per cura-
torem iſtum hereditati tanquam iacenti datum, etiam Pragmatici fatentur.
Quod ſi verum eſt, vt eſt, heredem illum eſſe, tùm etiam cùm legis & inuen-
6 tarij beneficium agnouit; rogo an poteſt dici hereditas † non adita, quæ
heredem, id eſt dominum habet, aut iacens quæ eſt adita? aut adita pro par-
te, quin ſit in totum etiam inuito herede? Nam ſi quis dicat neceſſariam
7 eſſe curatoris † dationem, vt hereditas meliùs defendatur, néve inter here-
dem & creditores colludatur, is profectò malè nouerit quàm è contra-
riis frequens colluſio ſit curatorum huiuſmodi & heredum, quantáque in-
curia in defendenda cauſſa hereditatis, vt nec iàm niſi dicis gratia interpo-
ni videantur, & vt ſollennitati iuris ſatisfiat, ne ſine reo & defenſore iudi-
cium conſiſtere videatur. Et verò abſurdum ſit exiſtimare curatorem, cu-
ius nihil prorſus intereſt (ſumi enim ſolet ex iis qui nihil omnino iūris in
hereditate aut in hereditatem habent) maiore ſtudio defenſurum heredita-
tem, aduerſus creditores, quàm heredem ipſum, cuius lucro ceſſurum ſit
8 ſi fortè hereditas ſoluendo eſſe reperietur. Vnus ergo ille tantùm caſus † ſu-
pereſt, in quo error pragmaticorum prætextu aliquo defendi poſsit, ſcilicet
ſi heres qui hereditatem agnouit cum beneficio legis & inuentarij, idem
creditor defuncti fuit. Inconueniens enim videtur ſanè, vt idem ſit & actor

& reus

& reus,aut vt cæteri creditores , qui defuncti perſonam non repræſentant, proprias heredis actiones hereditatis nomine excipiant. Sed negandum eſt heredem † eſſe actorem. Sic enim fiet vt nihil ſit neceſſe reum aliquem & 9
defenſorem conſtitui aduerſus quem heres agat. Etenim quod dicimus heredi ſaluas eſſe ſuas actiones propter imploratum legis & inuentarii beneficium,non eò pertinet vt heredem pro iuribus ſuis conſequendis agere oporteat,ſed eò potiùs , vt quod ille aduerſus defunctum , ſi viueret , agendo conſequeretur , perinde poſſit conſequi etiam poſt aditam defuncti debitoris hereditatem,ſed tamen iure exceptionis & retentionis , agentibus ſcilicet contra eum creditoribus.Nam ex iuris regula cui damus actionem,multo magis damus exceptonem & retentionem, Nec quod reus quoque in exceptione actor eſt,ad rem facit.Sic enim fit actor,vt ſimul & ſemel qui primus actor fuit , reus ex ea parte fiat , nec alius quærendus aut ſubiiciendus ſit qui rei partes ſuſtineat. Alioqui dicendum erit eadem ratione , ſi hereditas purè adita ſit , quæ legatis aut fideicommiſſo vniuerſali onerata fuit, heredem cui fideicommiſſum antiquius debeatur, non aliter id deducturum , quàm ſi curator hereditati detur , qui fideicommiſſi illius nomine conueniri poſſit vt ſciatur an debeatur. Et tamen id falſum eſt. Deducit enim heres† fideicommiſſum ſibi debitum tanquam æris alieni loco, & ſi- 10
militer omne æs alienum quod ſibi à defuncto debebatur , etiamſi curator nullus hereditati datus ſit , defendentibus nimirum illis ipſis legatariis aut fideicommiſſariis à quibus conuenitur *l. in imponenda 6. l. irritum* 8. C. *ad leg. falcidiam. dict. l. cùm pater* 77. *§. antepen. D. de legat.* 2. Quis enim vnquam dixit,hereditati quæ purè adita eſt , curatorem dari debere vllo caſu , tanquam iacenti? Quòd ſi illo etiam caſu quo hereditas†purè adita eſt,ſaluum 11
heredi manet ius retetionis, nec curator in eam rem dandus eſt,quidni idem admittemus facto inuentario ? Nam nec inter hos caſus quicquam intereſt , ſi iuris veteris rationem inſpicias , niſi quod ſi inuentarium † factum 12
non eſſet, heres creditoribus & legatariis defuncti in ſolidum ſatisfacere teneretur , neque deducere poſſet aduerſus creditores quod ſibi deberetur, quia cùm adeundo ſeipſum ille obligauerit , tenetur creditoribus etiam ex propria perſona,nec intereſt creditorum , an ex bonis hereditariis ſoluat, an ex propriis , dummodò ſuum conſequantur. Itaque non auferunt hereditatem ab herede,imò nec minuunt cùm hereditas non dicatur deducto ære alieno , ſed æs alienum etiam , ſicut & incommoda cætera non minùs quàm commoda in ſe contineat. Proinde mirum non eſt nullum heredi ſupereſſe hoc caſu ius deductionis, manente eadem ratione confuſionis poſt aditionem retinendæ, quæ fuit ab initio eiuſdem per aditionem inducendæ. In legatariis † ſanè aliud eſt , quia cùm legata non ex bo- 13
nis heredis præſtari debeant , ſed omnino ex hereditariis , deducto etiam omni ære alieno , adeoque ſalua heredi falcidia ſi dodrantem excedant (tantum abeſt vt de ſuo ea ſoluere teneatur) non impedit obligatio legatorum , quominùs heres deducat & retineat quicquid ſibi debetur, quoniã illud omne eſt extra cauſſam hereditatis quæ per legata delibatur & diminuitur. Quæ ratio eſt *d. l. in imponenda*. Quanquam 14
hoc hodie†immutatum eſt per conſtitutionem Iuſtiniani in *Nouell. 1. De hered. & falcid.* quæ fecit vt ſi inuentarium nullũ conſcriptum ſit,heres non modò creditoribus(quod iam erat conſtitutum in *l. vlt. C. de iur. delib.*)ſed etiam

Digitized by Google

legatariis in ſolidum teneatur. Sic enim id accipi debet, non ſolùm vt falci-
diæ beneficio aduerſus eos nõ vtatur qui Iuſtiniani beneficio vti noluit, quo-
modo cautũ erat in *d.l.vlt.* quæ in caſum non confecti inuentarii nihil aliud
induxerat, niſi vt antiqua iura ſeruarentur *§.fin. autem hoc aliquis. ead.leg.* ſed
etiam vt ſi ære alieno exhauſta ſit hereditas, legata de ſuo præſtare heres te-
neatur *d.Nouell.1.§.ſi verò non fecerit.* Atq; ita comparantur hodie, poſt *dict.
Nouellam* legatarii creditoribus odio heredis qui inuentarij beneficiũ negle-
xit. Cæterum facto inuentario, ſicut ceſſat ratio illa cõfuſionis quæ obſtat he-
redi, ne habeat ius deducẽdi & retinendi proprii debiti aduerſus creditores:
Itémq; conſtitutio illa Iuſtiniani quæ eidẽ heredi nocet ne aduerſus legata-
rios & fideicommiſſarios aut falcidiam ponere, aut quod ſibi debetur dedu-
cere vel retinere poſſit, ita fatendũ eſt ſic ei ſaluas eſſe proprias actiones, non
vt eas exercere cogatur, ſed vt perinde poſſit deducere & retinere quod ſibi
debetur, atque olim poterat adita purè & ſimpliciter hereditate, cùm nullus
15 adhuc inuentarii vſus eſſet: Id eſt, per viam exceptionis, nullo in eam rem ne-
ceſſario curatore. Neque ſanè in vtraque Iuſtiniani †cõſtitutione verbum vl-
lum aut indiciũ De curatore ex hac cauſa hereditati dando, quod tamen non
erat prætermittendum ſi admittendum fuiſſet, ſed contra De iure excipiendi
& retinendi eius quod heredi debetur, aperta ſunt verba Iuſtiniani in *d.l.vlt.
§.in computatione.* de cuius ſententia dicemus ad finẽ capitis ſequentis. Sed etſi
faterer quod ſemper negabo, dari ex hac cauſſa curatorem oportere, dicerem
16 tamen dandum eſſe curatorẽ bonis, †vt fieri ſolet, cùm abſente aut latitãte de-
bitore creditores in bonorum eius poſſeſſionẽ mittuntur, & de crediti cuiuſ-
que iure & ordine inter eos diſputatur vt ad bonorũ venditionem peruenir
poſſit, *Tit.D.de curat.bon. dand.* Faciliùs enim ferendum eſt vt detur curator
bonis, quandoquidẽ etiam poſt aditionem bona defuncti quodam modo dici
poſſunt, quoniã aliquando fuerunt, quàm vt detur hereditati aditæ, ſiue dicas
17 dari hereditati ſimpliciter, ſiue tanquam iacenti, quia nec hereditas vlla eſt,
niſi quæ iacet. At neque iuris ratio patitur, vt bonis † curator detur, quæ re
vera non defuncti ampliùs bona ſunt, ſed heredis, quæque dominum habent
18 præſentem, & ad bonorum defenſionẽ ſuſpiciendam paratũ, inſtructúmque.
Nam quod dicimus inuentarii †beneficium inducere ſeparationem patrimo-
niorũ defuncti & heredis, non ſic accipiendum eſt, vt bona defuncti maneant
defuncti (quod nec fieri poteſt, quia cùm is qui defunctus eſt iam nullus ſit,
eſſent nullius) ſed vt quamuis acquirantur heredi, nec minus in eius dominio
ſint, quàm quæ in proprio habet patrimonio (alioqui non eſſet heres ſi
nõ eſſet dominus *§.vl.Inſtit.de hered.qualit.& differ.*) ſeparatã tamen habeant
rationem, hactenus vt ex ipſis duntaxat non etiam ex iis quæ propria heredis
fuerunt, eíque aliunde quàm ex defuncti hereditate acquiſita, tam creditori-
bus quàm legatariis & fideicommiſſariis defuncti ſatisfiat; acſi bona defun-
cti cum bonis heredis confuſa non eſſent poteſtate iuris, quæ tamen revera
per aditionem ſunt confuſa.

ERROR QVARTVS.

De iurium vniuerſalium & ſingularium confuſione quæ fit per aditionem hereditatis.

SVMMARIA.

1 *Erronea pragmaticorum traditio iura vniuerſalia per aditionem non confundi.*

2 *Ex*

2 Ex eo quòd idem ſui ipſius non poſſit eſſe debitor & creditor, ſequitur etiam iura vniuerſalia per aditonem confundi.

3 Licet iura omnia per hereditatis aditionem confundantur, iure tamen veteri retinentur & deducuntur per heredem iure exceptionis.

4 Iure verò Iuſtinianeo ita demum deducuntur, ſi heres inuentarium confecerit.

5 Heres qui inuentarij confectionem neglexit obligatur in ſolidum creditoribus, legatarijs & fideicommiſſariis.

6 Non confecto inuentario hereditas non modò confuſionis, verùm etiam ſolutionis loco cedit propter præſumptam heredis malam fidem.

7 Confecto inuentario cedit hodie hereditas confuſionis loco, at non ſolutionis.

8 Conſtitutione Iuſtiniani non eſt factum vt implorato inuentarij confuſio iurium heredis impediretur, aduerſus pragmaticos & interpretes

9 Quid noui induxerit Iuſtinianus in Nou. 1. de falcid. & falcid. §. ſi verò non fecerit.

10 Iuſtinianus malus Latinitatis autor.

11 Sententia l. vlt. §. in computatione. C. de iur. delib.

12 Nihil cauſæ eſt cur implorato inuentarij beneficio curatorem hereditati tanquam iacenti aut bonis defuncti dari oporteat.

FREQVENS pragmaticorum † verbum eſt, vnde tamen hau- 1
ſtum planè neſcio. Iura vniuerſalia non confundi per aditio-
nem hereditatis. Quod falſum eſt. Nam cùm ea confuſio
quam poteſtas iuris ex aditione inducit, non aliam † rationem 2
habeat, quàm quòd fieri non poſſit vt idem ſui ipſius ſit debi-
tor & creditor, quod alioqui contingeret confluente in candẽ
perſonam iure debitoris & creditoris *l. Stichum aut Pamphilum* 95. *§. aditio. D. de ſolut. l. debitori 7. Cod. de pact.* Apparet non magis fieri poſſe quod ad iura vniuerſalia, quàm quod ad cætera pertinet, vt confuſio nulla fiat debiti & crediti eodem exiſtente debitore & creditore. Vtroque ſiquidem caſu eadem ratio locum habet. Quódque in vniuerſali iure fideicommiſſi heredi ipſi à defuncto debiti conſtitutum legimus in *l. irritum* 8. *C. ad leg. Falcid.* vt ab herede poſſit deduci, idem ipſum in alio quolibet debito & heredis iure quantumlibet ſingulari ſcriptum etiam eſt in *l. in imponenda 6. eo. tit.* Quinimò nec in fideicommiſſo vniuerſali ius illud obtineret, niſi quia fideicommiſſum eiuſmodi loco æris alieni eſſe intelligitur, *dict. l. irritum.* Quid ergo refert an fideicommiſſum vniuerſale fuerit an ſingulare, quod heredi ipſi à
defuncto debitum fuit? Iura nimirum † omnia & vniuerſalia & ſingularia 3
per hereditatis aditionem confunduntur, nec eo minùs tamen deducuntur & retinentur per heredem iure exceptionis, ſi quando ei hereditatis commodum vel ex cauſſa fideicommiſſi quod ab eo relictum ſit, vel per legatarios, non tamen per creditores afferatur: tametſi hereditatem purè adierit, iure ſcilicet vetere inſpecto, vt conſtat ex *dict. l. in imponenda & dict. l. irritum.* Nã
iure nouo † id eſt poſt Iuſtiniani conſtitutiones, in *dict. lege vltima. Cod. de* 4
iure deliberandi. & Nou. 1. De here. & falcid. diſtinguendũ neceſſariò eſt, an inuentarij beneficium imploratũ ſit, necne, non quod pertinet ad ius confuſionis (ſiue namq. inuentarium factum fuerit ſiue non confuſio fit, quoniam & is qui cũ beneficio inuentarij heres eſt, reuera heres eſt, & cõſequenter idẽ debitor & creditor) ſed quod attinet ad ius deductionis & retentionis, quoniam is qui inuentarium confecit, ius habet deducendi & retinendi eodem quo olim iure exceptionis, quicquid ſibi à defuncto debitum fuit, nec tantùm aduerſus legatarios, ſi de ponẽda falcidia quæratur, aut aduerſus fideicõmiſſarios ſi ex fideicommiſſo reſtituenda ſit hereditas: ſed etiã aduerſus ipſos creditores hereditarios, quod olim diuerſum erat (non enim ſicut legis falcidiæ cum legatariis, ita & æris alieni ratio cum creditoribus ponitur deducto ære alie-

no.) Qui verò inuentarium neglexit, non item: ne quidem quod ad ipſos legatarios & fideicommiſſarios ſpectat, poſtquam placuit Iuſtiniano vt in
5 pœnam neglecti inuentarij † obligetur heres non ſolùm creditoribus defuncti, ſed etiam legatariis, & fideicommiſſariis omnibus, & quidem in ſolidum, id eſt, non ad finem vſque puræ defuncti ſubſtantiæ, quomodo loquitur Iuſtinianus in *§. ſi vero non fecerit d. Nouell.* 1. *De hered & falcid.* eius nimirum quæ ſupereſt detracto omni ære alieno *l. vltim. Cod. de repub.* ſed etiam ſupra vires hereditatis: inde enim fit vt hodie legatarij & fideicommiſſarij non iam legatariorum & fideicommiſſorum, vt anteà, ſed creditorum iure hoc caſu cenſeantur quemadmodum ſuperiore capite à nobis explicatum eſt. Denique cùm aditio † nonnumquam cedat loco confuſionis,
6 nonnumquam etiam loco ſolutionis *dict. §. aditio*, Iuſtiniani conſtitutionibus inductum eſt, vt non modò confuſionis, verùmetiam ſolutionis loco cedere debeat ſi inuentarium nullum factum ſit. Non illa ſolùm ratione quæ iuris veteris fuit, quod ſoluendo eſſe intelligatur hereditas quæcumque heredem habet *l. qua dotis* 33. *D. ſolut. matrim. l. libertus* 39. *D. de bon. libert.* (neque enim ſolutionis loco cedebat olim aditio cuius commodum heredi non per creditores, ſed per legatarios aut fideicommiſſarios eriperetur *l. debitor.* 56. In illis verbis, *verum eſt enim non eſſe ſolutam pecuniam.* D. *ad S. C. Trebell. d ict. l. in imponenda. & dict. l. irritum. l. cum emptor.* 48. *D. ad leg. falcid.*) At propter præſumptam heredis malam fidem qui dolo malo in hereditate verſatus, & vt Nouellæ verbo vtar, multa malignatus præſumitur, multa etiam ſubtraxiſſe ex quibus ſibi ſoluiſſe credendus eſt: cui præſumptioni non perinde locus olim erat priuſquam inuentarij beneficium inductum eſ-
7 ſet. Facto † autem inuentario cedit hodie aditio confuſionis etiam quidem loco (nam ſicuti Iuſtinianus non fecit vt qui heres eſt cum beneficio inuentarij non ſit reuera heres, ita nec facere potuit vt per beneficium inuentarij confuſio iurium impediatur, quam diximus ex eo fieri quod heres idémque creditor adeundo hereditatem debitoris, ſui fiat etiam debitor) ſed nō etiam loco ſolutionis, ſicuti nec olim quod ad legatarios & fideicommiſſarios. Nam ſi ſolutionis quoque loco cederet, non ſupereſſet ſaluum heredi ius deducendi & retinendi quod ſibi debitum eſſet à defuncto, quódque pro iam ſoluto haberetur, quod tamen hodie ſaluum quemadmodum & olim fuit, hæc ſola differentia quòd cùm olim non niſi aduerſus legatarios & fideicommiſſarios ſaluum eſſet, hodie tamen etiam aduerſus creditores ipſos ſaluum eſt. Nempe quòd ſicut æquum eſt duriorem eſſe hodie condicionem eius qui hereditatem abſolutè adit, quàm olim eſſet propter inductum à Iuſtiniano neglectúmque ab herede beneficium inuentarij, hactenus vt ne quidem quod ad legatarios & fideicommiſſarios attinet ſaluum habeat ius retinendi & deducendi eius quod ſibi à defuncto debebatur: Ita ex contrario meliorem eſſe oporteat condicionem illius qui inuentarium confecit quàm fuiſſet olim heredis puri: vel hoc ipſo vt beneficium aliquod ex Iuſtiniani lege heres ſentiat: cui proculdubio fauere Iuſtinianus voluit, non nocere. Alioqui non poſſet dici quis foret effectus nouæ conſtitutionis, niſi ille vnus (quòd prorſus à Iuſtiniani mente alienus eſſet) vt heredum qui inuentarium non conficerent durior eſſet cauſſa, quàm olim fuiſſet ante inuentarij beneficium introductum. Itaque apparet non ſolùm pragmaticos
8 † quod minùs mirandum dolendúmque eſſet, ſed eruditiores etiam pleróſque

roſque iuris interpretes partim hîc labi, exiſtimantes Iuſtiniani lege factum
eſſe vt implorato beneficij, inuentarij confuſio iurium heredis omnino im-
pediatur, quæ ſanè nullomodo nulláque iuris conſtitutione impediri poteſt.
Debuerunt dicere Iuſtiniani legē † hoc noui induxiſſe, vt quamuis per aditio-
nem confuſio fiat iurium, non tamen ea confuſio ſolutionis etiam iure cen- 9
ſeatur, nequidem quod ad creditores multo minùs igitur quod ad legatarios
& fideicommiſſarios, qui nec creditores ſunt, nec pro creditoribus ha-
bentur, niſi in odium eius heredis qui inuentarij beneficium vltro neglexit:
idque non ex *dict. l. vlt. C. de iure deliberandi.* quę de creditoribus tantùm lo-
quitur, neque obligat heredem legatariis in ſolidum, niſi hactenus vt Falci-
diam detrahere non poſſit, ſed ex *dict. Nouell. 1. de hered. & falcid. §. ſi verò non
fecerit.* quæ primùm hoc ius vinduxit, vt legatariis & fideicommiſſariis exē-
plo creditorum heres qui inuentarium non fecit obligetur etiam ſupra vires
hereditatis. i. nec falcidiæ iactura liberetur. Sicque proculdubio accipiendum
eſt, quod Iuſtin. † alioqui ſatis malus latinitatis & iuris auctor ſcribit † in *d. l.* 10
vlt. §. in computatione, Actiones non confundi quas contra defunctum habuit 11
heres qui inuentarium fecit. arg. *d. l. in imponenda*, in cuius ſpecie non confuſio
quæ per aditionem hereditatis contingit, ſed confuſionis effectus impeditur,
viſque deducendi & retinendi proprii debiti herediconſeruatur. Nam & ad
ius illud deductionis, exceptionis & retentionis proculdubio reſpicit Iuſtin.
in *dicto §. in computatione*. vt probant priora illa verba *damus ei licentiam exci-
pere & retinere quicquid in funus expendit*, &c. Quo enim iure poteſt heres ex-
cipere & retinere quod in funus impendit niſi tanquam factus ex ea cauſa
creditor? Quid verò intereſt quod ad formam agendi pertinet vtrum
heres creditor eſſe cœperit poſt mortem defuncti, an verò iam ipſomortis
tempore creditor fuerit? Proinde quod lex ait actiones, ſi quas habuit, eas
confuſas non intelligi, ſic omnino accipiendum eſt vt eodem exceptionis &
retentionis iure ſibi conſulere heres poſſi ne actionum ſuarum commodo
cadat. Ex quo apertiùs conſtat quàm verum ſit quod ſuperiore capite diſputa
uimus, nihil cauſſæ eſſe cur implorato † legis & inuentarii beneficio curatorē 12
hereditati tanquam iacenti aut boni defuncti dari oporteat. Quid ſi heres
ipſe defuncto debuit, an confuſio fiet, aut quomodo agent creditores: Dicam
infrà cap. 6. ad fin.

ERROR QVINTVS.

De he herede qui dolo malo verſatus eſt in hereditate cuius inuentarium fecit.

SVMMARIA

1 In confectione Inuentarij multas ſolennitates praſcripſit Iuſtinianus.

2 Inuentarium ſolenne quod.

3 Heres tenetur inuentario ſubſcribere & adhibito iureiura ndo affirmare ſe nullius malignitatis conſcium eſſe.

4 Etiam teſtes tenentur iurare quòd adfuerint, & in nullo cōſcij ſint facta ab herede malignitatis

5 An inuentarij beneficio priuandus ſit heres qui dolo malo verſatus eſt in hereditate.

6 Sententia pragmaticorum affirmans, & eiuſdem ratio.

7 Vbi heredis dolus nullus interuenit, ſi per culpam tabularij aliquid peccetur in forma inuentarij conficiendi, illud non cedit damno heredis.

8 Ratio proximè allati pronunciati.

9 Si dol⁹ heredis interueniat, eā pœnā patitur heres. ex Iuſtin. lege, vt duplū pſtet aut ſibi impu

aditurus,at potius repudiaturus. Neque verò quicquam intereſt creditorum & legatariorum, quibus vtriſque conſuli poteſt commodè alio inuentario, quod ipſius tabularii ſumptibus ab alio tabulario ritè rectéque reficiatur. Nimirum ſi quid omiſſum ſit ex iis ſolennitatibus quæ ſunt præcipui & maioris momenti: Leuiorum enim omiſſio non ſolet nocere, niſi accedente dolo,nec facilè iudices in eam inclinant ſententiam, vt inuentarium licèt minùs ritè factum pronuntient nullum eſſe. Intereſſet quidem creditorum & legatariorum purè aditam eſſe hereditatem, potiùs quàm cùm beneficio legis & inuentarii, ſed poſtquam ſemel adita eſt implorato legis beneficio nihil eorum intereſt an ex priore an ex poſteriore inuentario beneficium legis retineatur.At cùm heredis dolus interuenit, † fateor quidem æquum 9
fore conſtitui,vt creditoribus & legatariis in ſolidum & ſupra vires hereditarias teneretur is, qui lucrum illicitum ex alterius iniuria per legis beneficium dolo malo captaret,ſed tamen nego ita ius conſtitutum fuiſſe. Eſt enim expreſſa in eam rē cōſtitutio Iuſtiniani in *d.l.vlt.§.licentia.in fi.C.de iu. delib.*vbi ſcriptum eſt heredē,qui agnouit beneficium legis & inuentarii, & inuentarium fecit iuxta eam formam,quæ ipſa lege præſcripta eſt,ſi conuictus fuerit aliquid ex hereditate ſubripuiſſe,aut celauiſſe,vel admouendum curauiſſe,non aliam pœnam pati debere, quàm vt duplum prēſtet,aut ſibi imputet earum rerum quas celauit aut ſubtraxit. Manet igitur nihilominùs heres ex beneficio legis & inuentarij, qui & duplum ipſum, tanquam talis heres præſtat,quandoquidem ſi ex eo dolo fieret heres abſolutè nulla inuentarij habita ratione,fruſtra condemnaretur ad duplum inferendum qui etiam non illato duplo in ſolidum omnibus & creditoribus & legatarijs ſatisfacere cogeretur. Non enim quod dicimus duplum ab eo præſtari, hunc ſenſum habet,vt cui ex creditoribus aut legatarijs centum debentur,cogatur ducenta ſoluere,ſed illum potiùs vt ſi rem ſubtraxerit dignam centum,cogatur inferre ducenta in hereditatem, vt hereditas iis centum aucta locupletior fiat, & debitis legatíſque exſoluendis idoneior. Neque poſſum videre quænam in nouella Iuſtiniani lege *De hered. & falcid.* verba ſint ex quibus ſupradicta prioris conſtitutionis pars correcta videri poſſit.Etſi enim apertum eſt Iuſtinianum in ti. *d.l.vlt.*id vnum agere vt faueat heredibus legis ſuæ beneficium 10
agnituris,hactenus, non vt creditoribus & legatariis damnum adferat, ſed duntaxat vti nc ex damnoſæ hereditatis aditione meliorem ipſorum conditionem fieri patiatur. In nouella verò contra proſpicere magis velle creditoribus & legatariis non quaſi priore lege abrogata, ſed in odium heredis beneficium inuentarij aut ſtatutas præſcriptáſque ſolennitates negligentis, tamen quod ad hanc rem attinet, id eſt in coercenda malignitate heredis qui ſubtraxit res hereditarias nihil prorſus noui Iuſtinianus induxit,niſi vno illo caſu, vt verba ipſa demonſtrant, quo heres implorato inuentarij beneficio,tamen neglexerit conficiendi inuentarij ſollennitates. Vtrunque enim Iuſtinianus† requirit,id eſt,vt & forma inuētarij non ſit ritè obſeruata, 11
& dolo malo heredis factum fuerit ne obſeruata ſit.Ex quo magis apparet, ſi nihil præter dolum interuenerit,ſeruatis alioquin ſollennitatibus omnibus, non id velle Iuſtinianum vt heres beneficio legis priuetur. Planè ſi concurrente dolo aliqua ex ſolennitatibus vel minima omiſſa ſit, erit locus conſtitutioni,vt heres in ſolidum condemnetur non propter omiſſionem ſolennitatis duntaxat, nec propter dolum ſolùm,ſed propter concurſum vtriuſque,quoniam ita lex ſcripta eſt.Licet leuiorum ſolennitatum omiſſio alio-

qui nullius ſit momenti, ne quidem ad obligandum heredem vt aliud inuentarium ex integro fieri curet, quemadmodum ſuperiùs diximus. Nec eſt quod quis dicat † noua illa Iuſtiniani lege hoc additum eſſe ad priorem, vt
12 heres inuentarium conficiens non tantùm ſubſcribat, ſed etiam ſubſcribendo iuret nihil ſe circa res hereditarias dolo malo feciſſe: Aequiſſimum autem eſſet & rationi adprimè conſentaneum, vt qui peierauit, peioris ſit condicionis quàm ſi nudo mendacio ſe onerasset. Nam reſpondeo additum illud fuiſſe maioris ſollennitatis gratia, ac ne tam facilè iniuriam comminiſci heredes poſſent: ſolent enim plerique mortalium alioqui faciles ad mentiendum & delinquendum difficiliores eſſe ad peierandum: vana vtique ſuperſtitione potius quàm vera religionis veneratione, cùm extra cauſſam periurij Deum Opt. Max. proximúmque vltrò & conſultò offendere non
13 dubitent. Itaque ſi ponas † heredem qui ſubſcripſit, nihil ſe feciſſe dolo malo, nullum de ea re iuſiurandum interpoſuiſſe, & tamen doloſè verſatum eſſe, fatebor ex ea Iuſtiniani conſtitutione indignum eſſe beneficio inuentarij heredem qui alioqui ante nouellam indignus non fuiſſet, non ob id quòd dolum admiſerit, ſed quia ſollennitatem iuris dolo malo prętermiſit. Duo enim illa hîc concurrunt quæ requiri diximus, vt heres qui inuenta-
15 rium confecit, perinde obligetur ac ſi non feciſſet: † Dolus malus, & peccatum
16 in forma. Sed ſi iurauerit † & peierauerit, nego fieri eum indignum, quia licèt ſit in dolo, nec viri boni officium impleuerit, legis tamen præſcripto & ſollennitati ſatisfecit. Neque enim ſicut ad formam & ſollennitatem neceſſariam illud pertinet vt heres iuret, ita illud quoq. ne peieret, ſed potiùs ad conſcientiam & bonam fidem: nunquam autem ex periurij cauſa creſcit eit pœna eius qui peierauit, niſi ſi quando ita expreſſim conſtitutum ſit, quia periurium ſatis Deum vltorem habet *l.2. Cod.de reb.credit.* Sublata verò periurij cauſſa nihil ſupereſt quod obiici poſſit heredi præter dolum malum, qui porrò non minus interuenit, periurio ceſſante quàm accedente. Quid ergo, inquies, An doloſo heredi fauendum eſt? Minimè verò: ne tum
17 quidem, cùm nec iurauit nec peierauit. Sed dico legem ſeruandam eſſe † quæ certam aliamque in hunc caſum pœnam conſtituit, Dupli ſcilicet, pro quaque
18 re ſubtracta inferendi. Iam profeſſus ſum non placere † mihi hac parte Iuſtiniani legem potiuſque debuiſſe conſtitui vt heres qui dolo malo quid feciſſe probaretur inuentarij beneficio, & commodo priuaretur. Sed non eſt noſtrum in ea re in qua ius certum habeamus ex apertiſſimis verbis legis, prætextu vllo æquitatis recedere ab eo quod ſcriptum pręſcriptúmque eſt *l. proſpexit 9.D. qui.& à quib.manum.* Edictum Principis in eam rem neceſſa-
19 rium eſſet his præſertim temporibus in quibus vix eſt vt beneficium † hoc Iuſtiniani alioquin iuſtum ſatis & æquum, ſi ex bona fide res tractaretur, non trahatur ad iniuriam creditorum & legatariorum, heredibus paſſim illud implorantibus, tum etiam cùm opulentiſſima & locupletiſſima hereditas eſt: non proinde vt ſibi caueant, ſed vt creditoribus & legatariis omnibus moram faciant, ac longioribus litium anfractibus & tergiuerſationibus dilata in annum aliquando trigeſimum & quinquageſimum ſententia iudicis De rebus hereditariis à creditoribus ex ordine poſſidendis vel venundandis, graſſentur intereà liberiùs in hereditate, plenóque ipſius iure & commodo fruantur proinde acſi nec creditor nec legatarius quiſquam eſſet. Placeret autem vt huic malo occurreretur (agam enim hic conſiliarium Principis & Senatorem)

Senatorem)ita ius conſtitui edicto Principis, non quomodo in Gallia cõſtitutum eſt, ſi reperiatur ex ſubſtitutis aut ex agnatis & cognatis proximioribus aliquis, qui paratus ſit hereditatem abſolutè agnoſcere & citra beneficium legis, audiendus ille ſit vt heredi ſiue ſcripto ſiue legitimo præferatur, eique & inuentarij & hereditatis ſimul commodum eripiat: (nimis enim hoc diſsitum eſt à iure ſcripto & à lege Iuſtiniani, cuius ſemper ſalua ſanctáque quantum fieri poteſt autoritas apud nos eſſe debet:) Sed vt quemadmodum Iuſtinianus certum tempus conſtituit inuentario & inchoando & abſoluendo, ita & aliud perinde certum tempus heredi præfigeretur, ad ſummum ſemeſtre, niſi ſi quãdo ex patrimonij & perſonarum qualitate breuius dari deberet, intra quod iuberetur curare & effectu ipſo perficere, vt inſtantia, quam diſcuſsionis vocant, terminaretur, & de creditorum ac legatariorum omnium heredíſque ipſius iure ac ordine pronunciaretur: id ni faceret, remoueretur non quidem à beneficio inuentarij (eſſet enim fortaſſe id nimis durum, præſertim ſi quam potuiſſet abſoluendæ inſtantiæ diligentiam heres præſtitiſſet, quo tamen etiam caſu idem ius conſtitutum vellem, ne qua facti quæſtio aut ſubterfugij occaſio relinqueretur)ſed ab hereditatis poſſeſsione, eáque poſſeſsio ei ex creditoribus qui eſſet anterior, & maioris pecuniæ creditor, in fiduciæ ſpeciem adiudicaretur, præſtita per eum ſatiſdatione De bonis benè adminiſtrandis, & rationibus adminiſtrationis bona fide reddendis, niſi ſi mallent creditores eligere alium ex creditoribus, aut virum probum non creditorem, qui eam bonorum adminiſtrandorum curam ſuſciperet, vt in *dict.l.2.De curation.bonor.dand.* Sic enim fieret vt vel amittendę poſſeſsionis metu, vel eius recuperandæ ſtudio & auiditate heres diligentior fieret ad inſtruendam finiendámque diſcuſsionis inſtantiam, Aut ſi negligens eſſe pergeret, nihil obſtaret quominus diligentiam præſtare quantam vellet, creditores ipſi poſſent, nec haberent de quo magis quàm de ſeipſis quererentur.

ERROR VI.

De herede qui res hereditarias contrectauit antè imploratum beneficium inuentarij.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia pragmaticorum non eſt audiendus heres qui poſt contrectatas res hereditarias beneficium inuentarij implorat.*

2 *Autoru in oppoſitum diſceptatio.*

3 *Tempus quod inuentario conficiendo præſcriptum eſt, non currit niſi ab adita hereditate, & ideò poteſt heres res hereditarias ante confectum inuentarium contrectare.*

4 *Beneficium inuentarij vt differat à beneficio deliberandi. & n. 5.*

6 *Intra quod tempus ab adita hereditatis die inuentarium oporteat inchoaſſe.*

7 *Ex eo quòd lex Iuſtiniani iubet heredem iurare ſe nihil ſubtraxiſſe, aut celaſſe, apparet erroneam eſſe pragmaticorum ſententiam.*

8 *Aduerſus iuſiurandum purgationis ſalua eſt probandi facultas.*

9 *Suſpicio doli, quódque heres aliquid ex hereditate ſubtraxerit, per iuſiurandum extinguitur.*

10 *Probandi neceſsitas incumbit ei qui dolum obiicit.*

11 *Qui ex delata hereditate aliquid clã amouet aut ſubtrahit, non eo magis cenſetur heres.*

12 *Perinde heres reuera eſt is qui cum beneficio inuentarij heres eſt, atque is qui purè: nec magis poteſt hereditatem repudiare.*

13 *Hereditatis incommoda, 1. obligari in ſolidum creditoribus & legatarijs, 2. & implicari negotiis hereditariis.*

14 *Beneficium inuentarii non tollit ſecundum hereditatis incommodum, ſed tantum primum.*

15 *Heres qui tempore intermedio quod ſequitur aditionem, & precedit inuentarii confectionem, dolo malo verſatur in hereditate, in duplum condenandus eſt, ex Iuſtiniani cõſtitutione.*

16 *Pœnæ legibus conſtitutæ etiamſi leniores quàm par ſit, non poſſunt nec debent à iudicibus exaſperari.*

17 *Quomodo fraudibus heredum in hereditate graſſantium ante confectum inuentarium hodie occurrendum eſſet.*

18 *Quid iuris ſit vbi heres ſcriptus aut legitimus, viuo adhuc teſtatore expilauit bona que fuerunt defuncti.*

9 *A fure non manifeſto non valdè diſtat is qui hereditatem expilauit.*

10 *Rei hereditariæ furtum fieri poteſt.*

HVic errori ſuperior cauſſam dedit: nam pragmatici ſicut non dubitant quin beneficio legis & inuentarij planè indignus ſit heres qui dolo malo verſatus eſt in hereditate, tametſi omnes in conficiendo inuentario ſollennitates adhibuerit, ita defen-
1 dunt † non eſſe eum audiendum ſi poſt contrectatas pro arbitrio res hereditarias imploret beneficium legis & inuentarij, ratione præſumpti, vt inquiunt, doli, propterea quòd credendum ſit in fraudem creditorum & legatariorum captari beneficium huiuſmodi ab eo, per quem factum ſit quominus res integra videri poſsit. Ergo ſi è contrario † verum ſit, vt ante
2 probauimus, non eo minùs heredi ſaluum eſſe beneficium legis, quòd in cõſcribendo inuentario dolum admiſerit, ſi modò ad dolum non accedat omiſſio ſollennitatum, planè conſequens fiet vt multo magis dicendum ſit præſumptum dolum ei nõ nocere, cui nec apertus probatúſque noceret. Quamquam nec video cur præſumptio doli tam facilè capienda ſit aduerſus heredem boni fortaſſe nominis, qui & iure ſuo vſus eſt contrectando res hereditarias, & nunc vtitur iure communi implorando beneficium inuentarij. Solet enim dici Dolo non facere eum qui iure, ſiue ſuo, ſiue communi vtitur. *l. vltim. Cod. de in integr. reſtit.* Nam quid eſt obſecro, quod ei poſsis imputare,
3 cùm tempus † ipſum quod inuentario conficiendo præſcriptum eſt, non currat niſi ab adita hereditate, vt pragmatici quoque fatentur? Aditam ergo priùs hereditatem eſſe neceſſe eſt vt inuentarij beneficio locus eſſe poſsit: Quid porrò intereſt an verbo heres declaret ſuam voluntatem, an facto, id eſt gerendo pro herede quod fit attingendo & contrectando res hereditarias? *l. gerit* 88. *de acquir. hered.* Quidni verò heredi liceat poſt aditam hereditatem contrectare pro arbitrio res hereditarias cùm reuera heres & dominus ſit, nec eo magis deſinat eſſe heres quod beneficiũ legis
4 & inuentarij agnouerit? In eóque nimirum differt beneficium † inuentarij à beneficio deliberandi, quod quoniam non competit ei qui iam heres eſt, ſed ei demum qui heres fieri poteſt, excluditur ſanè & amittitur, ſi is qui deliberare ſe dicit, attingat intereà quid hereditarium, & quidem ita vt ſtatim fiat heres abſolutè, nec quamuis tempora largiatur, electionem habeat, an bene-
4 ficium † inuentarij agnoſcere velit, an abſolutè heres eſſe. Sic enim à Iuſtiniano cõſtitutum eſt, in pœnam eius qui deliberare maluit quàm inuentarij beneficiũ agnoſcere *l. vlt. §. ſin autem hoc aliquis. C. de iur. delib.* At is qui hereditatẽ iam adiit cùm heres ſit & eſſe velit, ſiue abſolutè, ſiue cum beneficio inuentarij quandiu per legem licet, cur non poſsit ea omnia facere quæ citra ius & nomen heredis fieri nequeunt? Aut cur ex ea cauſſa priuetur bene-

ficio.

ficio inuentarii ob factum id quod iure ſuo facere potuit? Denique vbi de-
ſinitius deliberãdi,ibi incipit ius conficiendi inuentarii,id eſt ex quo adita 5
eſt hereditas. Alioqui quid dicemus ſi bona fide adiit hereditatẽ nihil cogi-
tãs de futuro inuẽtario,quòd abſolute heres eſſe vellet,exiſtimãs fortaſſe o-
pulentiſſimã eſſe hereditatẽ,quæ reuera eſt damnoſa,poſteà verò contrecta-
tis iam rebus hereditariis,meliúſq; exploratis viribus hereditatis,& apparẽ-
tibus iam creditoribus qui anteà latebant,confugit ad auxiliũ Iuſtinianeũ?
An illi imputabimus cur nõ in ipſo adeundæ hereditatis momẽto inuenta-
rium confecerit? Atqui ſatisfecit legi,ſi modò intra † diem trigeſimũ ab eo 6
aditæ hereditatis die numerandum inuentarii cõfectionem inchoauerit, de-
inde ſolléniter perfecerit. Nihil enim aliud eſt quod ab eo Iuſtiniani lex re-
quirat. Quin & ob eã nimirum cauſſam conſtitutum eſt à Iuſtiniano,vt quo
tempore inuentariũ fit, heres iuret nihil à ſe dolo malo admiſſum fuiſſe cir-
ca res hereditarias,nihil ſubtractum,celatum nihil. In quo obſeruandum eſt
quod errorem pragmaticorum apertiſſimè detegit,non iuberi † heredem iu- 7
rare nihil ſe egiſſe hereditarium,ſed nihil ſe ſubtraxiſſe, aut amouiſſe, aut a-
mouendum curauiſſe, nihil denique dolo malo in hereditate aut circa he-
reditatem feciſſe; cuiuſmodi iuriſiurandi interponendi ratio nulla eſſet, ſi
nec ante iuſiurandum illud interpoſitum hereditarias res contrectare ipſi li-
ceret. Quomodo enim ſubtraxiſſe poteſt,qui ne quidem potuit contrecta-
re? Fateor non ſine cauſſa poſſe ſuſpicionem incidere, quòd heres aliquid
ex hereditate ſubtraxerit & amouerit, quia fuit ei facilè ita facere, ſi voluit
ille dolo malo verſari. Sed ea ſuſpicio tantum,non præſumptio eſt,nec he-
redem ad aliud obligat niſi vt iuret, ad purgandum ſe de dolo malo, non e-
tiam vt inuentarij beneficio priuetur: Ne alioqui eueniat, quod eſſet ini-
quius, vt periurus quoque fuiſſe credatur. Cur enim adigas eum ad iu-
randum,ſi nec iuranti vis credere? Non quod aduerſus eiuſmodi iuſiuran-
dum probatio in contrarium admitti nequeat (eſt enim generale vt aduer-
ſus iuſiurandum † quod purgationis vocant, ſalua ſit probandi facultas) ſed 8
hactenus ſaltem vt præſumpti illius doli ſuſpicio † per iuſiurandũ extingua- 9
tur, nec heredi poſſit obiici conſcientia doli, quin dolus ipſe apertiſsimè
probetur per creditores & legatarios dolum allegantes. Idipſum ſcilicet
ſuadente iuris regula quæ probandi † neceſsitatem irrogat iis omnibus qui 10
allegant & obiiciunt dolum *l. quoties 18. §. qui dolo D. de probat.* Et ve-
rò cum etiam is qui † ex delata ſibi hereditate aliquid clàm amouit,& quaſi 11
furtim ſubtraxit,non eo magis cenſeatur heres,quia contrariam voluntatem
admiſſum ipſum declarat,vt lex ait,id eſt,quoniam ex ipſa facti qualitate ap-
paret non tam voluiſſe illum adire hereditatem quàm furtum hereditati
facere, quandoquidem ſi heres eſſe voluiſſet, res hereditarias pro arbi-
trio & ante omnium oculos tractare potuiſſet *l. ſi quis 21. D. de acquir.
hered* quãto minus dicendum eſt hereditati in ſolidum oblgari eũm qui fe-
cit inuentarium, ob id ſolum quod ante confectum inuentarium aliquid
ſubtraxerit aut celauerit? Ei namque qui ſubtraxit & expilauit res heredi-
tarias ante aditam hereditatem multo plus præſtamus, cùm nullo modo he-
reditati eum obſtringimus,quam ei cui ſaluum inuentarij beneficium ſerua-
mus poſt aditam hereditatem expilatam. Hic enim ſemper heres manet,&
quidem inuitus,ita vt nec audiri debeat,ſi,quod aliquando multi vellẽt,he-
reditatem aditam repudiare mallet, quàm cum beneficio legis & inuentarij

12 retinere: quia cùm perinde heres † re vera ſit is qui cū beneficio legis & in-
uĕtarij heres eſt,atque is qui purè & ſine adiectione heres eſt,nō magis fieri
poteſt vt qui hereditatem adiit implorato etiam ab initio iure inuĕtarij ad-
mittatur ad repudiandā hæreditatem quam ſi purè adiiſſet. Neque eſt quod
quis obiiciat nihil intereſſe an heres deſinat heres eſſe,an verò heres mancat
cum beneficio legis & inuentarij, cùm vtroque caſu ſit ſecurus, nec vllum
13 ex hereditate damnum ſentire poſſit. Non enim hereditatis † incommodum
vnum illud eſt duntaxat, quòd heres obligetur in ſolidum creditoribus &
legatariis ſupra quàm ſit in facultatibus hereditariis, ſed illud etiam quòd
negotiis hereditariis implicetur, quibus prudens paterfamiliâs plerunque
implicari nollet,ne tum quidem cùm maxima lucri ſpes ſubeſſet, *l. quia pote-
rat* 4. D. *ad SC. Treb.* multo minùs is qui nulla lucri ſpe alliciatur. Atqui be-
14 neficium † inuentarij nō præſtat heredi vt non implicetur negotiis heredi-
tarijs,ſicut nec vt ex ea hereditate quæ alieno ære prorſus exhauſta eſt, lucrū
aliquod ſperare poſſit,ſed tantùm ne damnū & proprij patrimonij iacturam
pati debeat. Proinde fieri facilè poteſt,ſitque ſæpenumero, vt ei qui heredi-
tatem adiit cum beneficio legis & inuentarij,multo commodius foret here-
ditatem prorſus reſpuere,ſi liceret, quàm ea lege & conditione retinere. An
igitur permittemus heredi vt totum illud intermedium tempus, quod ſe-
quitur aditionem, & præcedit inuentarij confectionem, liberum habeat ad
graſſandum in hereditate, vt ei non modò delinquendi & res hereditarias
expilandi, ſed etiam peierandi non tam relinquatur, quàm præbeatur occa-
15 ſio? Minimè. Nam † ſi cōuictus fuerit dolo malo quid feciſſe,celauiſſe,amo-
uiſſe,expilaſſe,condemnandus erit vt duplum inferat,ex Iuſtiniani conſtitu-
tione: quæ ſi cui mollior videbitur,vt eſſe non nego(iam enim ſuperiore ca-
pite ſum profeſſus debuiſſe conſtitui vt heres qui dolo malo quid feciſſet, ab
16 inuentarij cōmodo arceretur) cogitare is debebit pœnas legibus † conſtitu-
tas, etiamſi leuiores,quàm par ſit,eſſe videātur, tamen à iudicibus exaſperari
nec poſſe, nec debere citra nouæ legis autoritatem. Optimum autem aduer-
17 ſus huiuſmodi heredū fraudes, † quæ hodie tam frequentes ſunt,remedium
illud eſſet,ſi abrogata hac parte Iuſtiniani lege, prohiberetur quiſquis heres
eſſe vellet, ne quicquam attingeret hereditariū,ex bonis ſcilicet mobilibus,
aut ſe mouentibus,quorum facilis occultatio & ſubtractio eſt(nam quod ad
immobilia pertinet, vix vlla fraudis ſuſpicio ſubeſſe poteſt)ante confectum
inuentarium,ſi non eo ipſo inſtanti,quo attingere inciperet,declararet vel-
le ſe heredem fieri abſolutè, & inuentarij beneficium abiicere, id ni face-
ret, hoc ipſo inuentarij beneficium abieciſſe intelligeretur. Ac quoniam
adhuc facti quæſtio relinqui poſſet an attigiſſet nécne, illud præterea addi
vellem,& conſtitui vt defuncto eo de cuius hereditate ageretur,obſignaren-
tur ſtatim arcæ & cœnacula in quibus bona illa mobilia eſſent recondita, vt
certò ſciri poſſet non fuiſſe expilatam hereditatem. Quod conſilium etiam-
num prudentes plerique heredes vt non ſolùm indemnitati,ſed etiā exiſti-
mationi ſuæ cōſulant, ſequi ſolent: nam ſi quis pergat calumniari & obiice-
re ſuſpicionem expilationis factæ per heredem iam adhuc viuo teſtatore, &
priuſquàm heres eſſet, dicam nihil vnquā certi iuris fore ſi huiuſmodi ſu-
ſpiciones probationū iure cēſeantur, nec nouū eſſe vt probatio magis quàm
ius deficiat: neque rurſum vlla lege aut conſtitutione fieri poſſe vt malis &
perditis hominibus nulla delinquendi via ſuperſit, ſed illud ſufficere vt pec-
candi

cindi occaſio nulla præbeatur. Deniquè † ex eo quod heres ſcriptus aut legi- 18
timus fecerit viuo patrefamilias, non poſſe condicionem eius fieri deteriorẽ
quod ad cauſſam hereditatis & ſucceſsionis pertinet, cui nec locus vllus eſſe
incipit niſi à quo tempore paterfamilias defunctus fuit: illámq; furti actionẽ
ex ea cauſſa ſupereſſe, extinctam quidem aditione hereditatis, & confuſam,
ipſo iure, ſed quæ tamen pro confuſa haberi non magis debeat, quàm cæteræ
actiones quæ defuncto aduerſus heredem competierunt, ſicut nec è contrario
pro confuſis habentur illæ quas heres contra defunctum habuit. Vtrunque
enim fit eiuſdem legis ac inuentarij poteſtate. Hac vna differentia, quòd pro-
priæ heredis actiones ei ſaluæ ſunt per viam retẽtionis duntaxat, vt ſuprà di-
ximus cap. 3. & 4. Quæ autẽ contra ipſum defuncto competierunt, ſaluæ ſunt
creditoribus etiã iure actionis vt poſsint ipſi experiri proprio iure ſi actionis
qualitas id patiatur, vt in actione furti cõtingit quę datur iis omnibus, quo-
rum intereſt: nemo enim dubitat quin creditorum interſit hereditatem debi-
toris ſui quæ nunc ſoluendo non ſit, expilatam non eſſe. Quod ſi ea actio eſt
quam non poſsint creditores ex propria perſona exercere, non quidẽ eo ma-
gis curator hereditati boniſve dabitur, quomodo peſsimè pragmatici ſẽtiũt,
ſed creditores actionem ſibi quiſque competentem ex cauſſa crediti exerce-
bunt in ſolidum, acſi inuentarium confectum non eſſet, & herede excipiente
de beneficio inuentarij replicabunt de dolo, ſi non paratus ſit heres pati vt
ad eam vſque ſummam quam defuncto debuit, condemnetur. Sic euenit vt
parum interſit, an viui an defuncti patrisfamilias bona expilauerit is cui he-
reditas ſiue teſtamentaria ſiue legitima defertur. Vtroque enim caſu tantun-
dem præſtat, id eſt duplum, quæ pœna etiam eſt furti nec manifeſti. Nec ſanè
valde † diſtat à fure non manifeſto is qui hereditatem præſertim euidenter 19
opulentam expilat, vt poſteà prætextum quærat auxilio legis implorãdo. Sed
tamen nihil vetat furem quem eſſe & nihilominus heredem cum beneficio
inuentarij: nam & rei hereditariæ † furtum fieri poteſt, cùm ea alteri eſt obli- 20
gata, *l. hereditariæ 68. cum duab. ſeqq. D. de furt.*

ERROR VII.

De beneficio inuentarij per eum agnito qui nondum certus eſt ex quo iure ſibi deferatur hereditas.

SVMMARIA.

1 *Ex duplici iure poteſt nonnunquam hereditas deferri, vt tamen incertum ſit ex quo deferatur.*

2 *Species facti.*

3 *Ad acquirendam hereditatem neceſſarium eſt, vt qui vult ſibi acquirere & cauſam & ius acquirendæ hereditatis intelligat.*

4 *An poſsit fieri inuentarium eo adhuc tempore quo incertum eſt ex quo iure deferatur hereditas.*

5 *Sententia pragmaticorum affirmans.*

6 *Differentia inter inuentarium ſolenne quod fit ab herede, & ea quæ fiunt ad ſaluum ius habentis.*

7 *Aditio hereditatis requiritur antequam ſolenne inuentarium confici poſsit.*

8 *Si pendente iure ex quo deferri poteſt hereditas, heres graſſatus ſit in hereditate, in duplum condemnandus erit.*

9 *Reſponſio autoris ad quæſtionem 3. num. 4. propoſitam.*

1 EVENIT aliquando vt ex duplici † iure deferri poſsit alicui hereditas, nec tamen certum ſit ex vtro deferatur, vt puta, ſi filiuſfamilias aut emancipatus † inſtitutus ſit in eo teſtamento, in quo ſit
2 præteritus venter, qui vacuúſne ſit an plenus dubitetur, aut quem ſciatur quidem plenum eſſe, ſed de quo ignoretur an poſthumus naſciturus ſit néc ne. Etſi enim hoc caſu certum eſt heredi ſcripto delatam iri hereditatem; aut ex teſtamento, ſi poſthumus non naſcetur: aut ab inteſtato ſi naſcetur: interim tamen & incerto eo ex neutro iure poteſt acquiri hereditas, quia illud im-
3 primis neceſſarium eſt ad acquirendam † hereditatem, vt qui vult ſibi acquirere, & cauſſam & ius acquirendæ hereditatis intelligat *l. ſi is ad quem* 22. *D. de acquir. hered.* Vnde neceſsitas illa inducendæ decretalis bonorum poſſeſsionis, de qua *in l. ventre* 84. *eod. tit. l.* 4. *§. vlt. & ſeq. D. de bonor. poſſ. contra tabulas*, vt in vtrumque euentum ei conſulatur, qui omnimodo rem habiturus eſt, ſcripſi *lib.* 1. *Comect. cap.* 10. Idē eſt ſi quis inſtituto ventre tutor datus ſit poſthumo qui naſcetur, & in eum caſum quo non naſcatur, eidem vulgariter ſubſtitutus. Nam quemadmodum deferri nequit hereditas ab inteſtato, quandiu ſucceſsioni teſtati locus aliquis eſſe poteſt, nec rurſus ex teſtamēto ipſo, quādiu teſtamentum in eo eſt vt agnatione poſthumi rumpi poſsit, ita neque ex ſubſtitutione quandiu inſtitutio effectum habere ſperatur. Ac proinde his caſibus & aliis eiuſmodi certum eſt non poſſe acquiri hereditatem vllo iure.
4 Quærunt tamen pragmatici, † an inuentarium confici interea poſsit, nec du-
5 bitant † poſſe, quòd ea res, inquiunt, nemini ſit damnoſa aut incōmoda, quinimò potiùs interſit creditorum fieri inuentarium, ne quid interim ex here-
6 ditate ſubripiatur, aut malè diminuatur. Dicebam inuentaria † illa quæ poſtulantibus creditoribus, aut dominis res ſuas vindicantibus, fieri ſolent ad ſaluum, vt loquuntur, ius habentis, multum differre ab eo inuentario ſolenni quod ab herede fieri neceſſe eſt, vt vltra vires hereditarias non teneatur. Quæ ſunt prioris generis, facilimè fiunt petēte quolibet, cuius modò interſit. Neque enim vllius ſunt aut præiudicij aut effectus, niſi hactenus vt ſi is qui petit, vincat poſteà, expeditam habeat & paratam probationem earum rerum quas ex iudicato perſequi velit. Quod autem ſollenne eſt, fieri nunquam poteſt niſi petente eo qui iam ſit heres, aut ſaltem qui hoc ipſo quod petit, profiteatur agnoſcere ſe hereditatem cum beneficio legis & inuentarij. Nam & inde eſt quod non currit tempus conficiendi huiuſmodi inuentarij, niſi à die agnitæ hereditatis, quia nec prius habuiſſe ius conficiendi inuentarij videri
7 heres poteſt. Illud igitur † omnimodo præcedere neceſſe eſt vt ſciatur an qui inuentarium facere vult, heres ſit, aut eſſe poſsit, ac proinde ex qua cauſſa, antè quàm admitti debeat ad beneficium legis & inuentarij implorandum; Siquidem nullum legis beneficium eſt hac parte, niſi quod heredibus ſtatim adire quàm deliberare malentibus à Iuſtiniano datum eſt. Porrò nec deliberare de acquirenda hereditate poſſet is qui tametſi maximè vellet, ſibi tamen hereditatem acquirere nondum poſſet. Quid ergo ſi intereà
8 graſſatus † ſit in hereditate pro arbitrio, poſtmodum autem hereditas certo iure cœperit ei delata eſſe? Non idcirco ex ante geſto heres fuiſſe videbitur, quia nunquàm delatio ſola heredem facit, quicquid autem antè delationem factum eſt, inutile & inefficax eſt ad heredem obligandum hereditati, cùm omnimodo neceſſe ſit priùs delatam eſſe hereditatem quàm

vtac-

vt acquiri poſsit. Proinde non magis, imò minus imputabitur heredi inuentarij beneficium agnoſcenti, quòd ante delatam hereditatem res hereditarias attigerit, quàm ſi poſt eam delatam idipſum feciſſet. Nihil enim quod ad heredem aut creditores attinet prorſus intereſt, niſi quòd illo caſu potuit longiùs abuti hereditate, quæ tamen res non poteſt inducere iuris diuerſitatem, ſicut nec ſi iam viuo adhuc teſtatore res hereditarias expilaſſet, quia neque dolum, neque doli magnitudinem ex tempore, aut ex temporis diuturnitate, ſed vtrunque ex mali animi cōſilio æſtimamus. Et conſequenter, æquè admittendus erit vtroque caſu ad pugnandum ſe de dolo malo, & æquè ſi quid ſubtraxerit, aut celauerit, aut amouendum curauerit, condemnabitur in dulum, quia ęquè omni caſu fur eſt, aut ſaltem parum à fure diſtās, ſi tale quid feciſſe conuincatur. Planè † ſi incerto eo, An, aut ex qua cauſſa 9 hereditas delata ſit, creditores hereditarij aut legatarij petant inuentarium confici ad ſaluum ius habentis, aut etiam heres ipſe qui hereditatem in vtrunque caſum habiturus eſt, ſiue ex propria, ſiue ex alterius quoque perſona, vt in exemplo illo quod attulimus. De tutore ſubſtituto, non negabo tale inuentarium petente quolibet fieri debere, ſed multum differet à ſolenni illo de quo diſputamus, nec proderit heredi, quominus aliud inuentarium ſolenne facere cogendus ſit, delata ſibi & adita quandocunque hereditate, ſi ex legis beneficio conſequi volet, vt neque creditoribus, neque legatariis vltra vires hereditarias teneatur.

ERROR OCTAVVS.

De rebus hereditariis, cùm inuentarium ſolemne ab herede fit, aſtimandis.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia pragmaticorum aſtimatio rerum hereditariarum per viuos probos facienda eſt de ſolennitatibus inuentarij.*

2 *Ratio d. ſententia à pragmaticis allata.*

3 *Cōfutatio ſentētia pragmatic. 1. ex eo quòd nuſpiam Iuſtinianus eam ſolemnitatem praſcripſerit.*

4 *Quòd 2. illa aſtimatio ſit inutilis & damnoſa: & num. 14.*

5 *Si res inuentario comprehenſa extent publica illa auctione diſtrahenda ſunt, vt ex earum pretio creditoribus ſatiſfiat.*

6 *Si verò extare deſierint dolo culpáve heredis, tenetur earum aſtimationem praſtare, quam creditore in litem iurauerint.*

7 *Sine delatione iuriſiurandi fieri non poteſt vt aſtimetur res qua non extat.*

8 *Regulare eſt vt ob dolum duntaxat iuretur in litem.*

9 *Caſus quo ob culpam iuratur in litem.*

10 *Alius caſus quo etiam in litem ob culpam iuratur.*

11 *Culpam omnem praſtare tenetur heres qui confecit inuentarium.*

12 *Si neque doli, neque culpa vllius heres conſcius ſit, non poteſt contra eum iurari in litem, vbi res hereditaria amiſſa eſt.*

13 *Qua aſtimatio emptionem non faciat.*

16 *Si in hereditate ſint res qua numero, pondere aut menſura conſtant, ponderari eas, numerari, atque metiri oportet.*

16 *Adeò vt ſi hac omittatur ſolennitas inuentarium non valeat: quia aliter ſciri nequit quid & quantum ſit in hereditate.*

1 INTER ſolennitates † cæteras quas in conficiendo ſolenni inuentario adhibendas eſſe pragmatici putant, non poſtrema, aut minoris momenti hæc eſſe creditur, vt res omnes hereditariæ, tam quæ ſoli, quàm quæ mobiles ſunt, aut ſe mouentes, æſtimentur per probos viros in eam rem mutuo heredis & creditorum, ac legatariorum omnium qui adſunt conſenſu eligendos. Quod ſi factum non ſit, exiſtimant magna ex parte, nullius omnino roboris &
2 effectus inuentarium eſſe debere. Pro qua ſententia † confirmanda, etſi nullam legem habent quam proferant, quia in duabus illis Iuſtiniani conſtitutionibus quæ ſolæ extant, *De iure inuentarij*, nihil tale ſcriptum legimus, adferunt tamen hanc rationem, quòd cùm inuentarium fiat in eum præcipuè finem, vt ſciatur quid & quantum ſit in hereditate, non aliter id ſciri poſſe videatur, quàm ſi res omnes hæreditariæ æſtimentur. Eę præſertim quę mobiles ſunt, ideóque facilè ſubripi & occultari poſſunt, ne alioqui amiſſis illis & ſubtractis facti quæſtio inexplicabilis relinquatur, cuius fuerint pretij & æſtimationis, cùm rem, quæ non extat, æſtimare iam nemo poſſit. Ego ne-
3 que ſententiam illorum probo, neque rationē. Nam quis † non videt quàm temerarium ſit ad eas inuentarij ſolennitates, quas Iuſtinianus præſcripſit, alias addere, de quibus ille ne verbum quidem? Maximè verò cùm, vt in ſuperioribus diſputauimus, ſolennitatis vel minimæ omiſſio tanti ſit momenti & effectus, vt accedente heredis dolo, heredi auferat inuentarij beneficium,
4 & legis. Sed & me illud † maximè mouet, quòd æſtimatio illa, quā pragmatici induxerunt prorſus inutilis eſt, nec ad aliud comparata niſi vt hereditatem iam alioqui ſuſpectā & minus idoneam ſumptibus oneret ſuperuacuis, & conſcribendo inuentario longiores moras adferat, vtrunque nō ſine magno & heredis, & creditorum ac legatariorum omnium & incommodo & diſpendio. Siue enim res æſtimatæ extent eo tempore, quo creditoribus & legatariis ſatisfaciendum eſt, ſiue iam extare deſierint, & ſiue dolo malo heredis, ſiue caſu aliquo, aut fato ſuo perierint, nihil ea æſtimatio aut heredi aut
4 creditoribus & legatariis vel prodeſſe poteſt, vel obeſſe. Si res extēt, † cōſtat, eſſe eas publica auctione diſtrahendas vt ex earum pretio creditoribus ſatisfiat, nec ſi pluris æſtimatæ fuerint cùm inuentariū cōſcriberetur quàm vendi poſſint, obligatum eſſe heredem vt eam æſtimationē præſtet creditoribus aut legatariis, quæ per viros probos conſtituta eſt: dummodo rem publicè vendendā exhibeat nullo dolo ſuo aut culpa factam deteriorem, ſicut è contrario ſi pluris vendi poſſint quàm fuerūt æſtimatæ, nō eſt audiendus heres qui offert creditoribus & legatariis conuentā ęſtimationē, vt hyperochę cōmodum ſibi retineat, niſi ex ea cauſſa rei ęſtimatio creuerit, quòd impēſa factóve ipſius heredis res melior & precioſior facta ſit. Sed tanti vnaquæque
5 res eſſe intelligitur quanti vendi poteſt. Quid ergo hoc caſu proderit, quod res illæ fuerint ęſtimatæ? Quòd ſi extare † deſierint, ſiquidē dolo culpáve heredis, Dico condemnandū eſſe heredem, vt pro rebus pręſtet earum ęſtimationem, nec eam tamen quæ per viros probos dicta fuit, ſed quam creditores & legatarij in vnum conſentientes in litem iurauerint, non ſolùm quod
6 ſine delatione † iuriſiurādi fieri nequeat, vt ęſtimetur res, quæ nō extat, *l. alias 9. D. de in lit. iuran.* ſed etiam quia pœna illa ordinaria eſt in eum, qui rem non exhibet quā exhiberi intereſt actoris *l. 3. §. præterea D. ad exhib.* Etſi autem

tem dici ſolet, ob dolum† duntaxat iurari in litem, non etiam ob culpam ne 7
quidem ob latam, quæ dolo proxima eſt, *l. in actionibus* 8. §. 1. D. *de in lit. iuran.*
Certi tamen caſus ſunt in quibus contrà receptū eſt: inter quos ſicut illc† cen- 8
ſetur, ſi contra tutorem iurandum ſit qui aut inuentarium non confecit, aut
res in inuētario pupillari deſcriptas non exhibet *l. 2. C. eo.* Ita & hic proculdu-
bio † numerari debet ſi heres qui beneficiū inuentarij agnouit ea res non ex- 9
hibeat, quæ in ſollēne inuentariū collatæ ſunt, ſiue dolo malo, ſiue culpâ ipſius
factum ſit ne nunc exhibere poſſit, cùm ſemper verum ſit per eum factum eſ-
ſe, ne ex iis rebus ſatisfactum ſit creditoribus & legatariis. Ideo enim permiſ-
ſum ei eſt res hereditarias penes ſe retinere quòd inuētarium confecit, quòd
ſi non feciſſet, vtique potuiſſent creditores impetrare, nec tantùm hypothe-
carij, ſed etiam chirographarij, itémque legatarij etiam condicionales, vt in
poſſeſſionem bonorum defuncti mitterentur, ad ea diſtrahenda, ex tit. *De bon.
autor. iudic. poſsid. vel venund.* Itaque culpam † omnem ab herede præſtari 10
æquum eſt, vtpote cùm neque creditores neque legatarij contraxerint, ſed in
quem inciderint, quíq; iis etiam inuitis res hereditarias retinuerit captato in
eam rem beneficio inuentarij fortaſſis dolo malo, licèt in iis rebus amittendis
non dolus, ſed culpa tantùm interuenerit. Sanè ſi neque doli† neque culpæ vl- 11
lius heres conſcius ſit, fateor perlibenter non poſſe cōtra eū iurari in litem,
imò verò nec cogendum eum rem exhibere quā citra dolū culpámve habere
deſierit, quia licet per eum factū ſit ne ex rebus hereditariis tam citò ſatisfie-
ri creditoribus & legatariis potuerit, quàm ſi inuentarij beneficium non im-
ploraſſet, non tamen conſequens ſit vt ei quicquam poſſit imputari, cur legis
iuriſq; beneficio ſibi delato & competētē vſus ſit, proinde hoc caſu abſoluen-
dus heres erit, nec cogendus præſtare æſtimationem quæ in inuentario conti-
netur. Nam quod dici ſolet æſtimationē facere† emptionē *l. 1. §. vlt. D. de æſti-* 12
mat. action. ad hāc æſtimationis ſpeciem nō pertinet, quæ non eo animo fit vt
vel hic vel ille ad eam æſtimationē præſtandā obligetur, ſed ob id tantùm vt
ſciatur planius quid & quantum ſit in hereditate, nec minùs vt heredi ipſi
quàm vt creditoribus & legatariis proſpiciatur. Denique nomine communi,
& in vtilitatem eorum omnium quorum poteſt intereſſe, id eſt, qui commo-
dum aliquod ſperāt ex hereditate. Nullius ergo vtilitatis † hoc etiam caſu e- 14
rit æſtimatio quam viri probi fecerint: & conſequenter fatendū eſt dici non
poſſe quo demum caſu vtilis eſſe queat, & effectum aliquem habere? Illud
planè fateor, ſi in hereditate † ſint res quæ pondere, numero & menſura con- 15
ſtent ponderari eas, numerari, & metiri debere; in eámque rem viros probos
ab herede & creditoribus itémque legatariis eligi qui ponderent, numerent
& metiantur: nec fieri † poſſe vt hac omiſſa ſollennitate inuentarium valeat, 16
quia licèt ne hoc quidem Iuſtiniani conſtitutione aliqua expreſſum ſit, per-
tinet tamen ea res ad intrinſecam ſollennitatem, & ad effectum inuentarij,
cùm aliter ſciri nullo modo poſſit quid & quātum† ſit in hereditate, aut quid 17
& quantum exhibere heres debeat, ex quo creditoribus & legatariis ſatisfiat.
Poſſet quidem aliquando per teſtes id probari, hoc eſt, quid & quantum in
pondere, numero & menſura fuiſſet, ſed non ſemper, nec ſine ſumptibus qui-
bus onerari creditores legatarios non oporteat, vt ſuum conſequantur, cu-
iur amittendi metu & periculo iam ſatis afficiantur: Aequiſſimúmque eſt id
agi, quantum fieri poteſt, vt quam minimis ſumptibus res omnium qui in he-
reditate aut in hereditatem ius aliquod habent, in tuto collocetur.

ERROR NONVS.

Si is qui conuentus à creditore confeſſus eſt ſe heredem cum beneficio legis & inuentarii, non exhibeat inuentarium.

SVMMARIA.

1 An conuentus à creditore tanquam heres, & confeſſus ſe eſſe heredem cum beneficio inuentarij debeat condemnari in ſolidum ſi non exhibeat inuentarium?

2 Pragmaticorum ſententia negans.

3 In propoſita quæſtione diſtinctio quorundam pragmaticorum.

4 Pro herede abſolutè habendus & condemnandus eſt, qui dixit ſe heredem cum beneficio inuentarij, ſi illud non exhibeat, contra pragmat.

5 Qui ſe fatetur heredem cum beneficio inuentarij non aliter beneficio vti poteſt quàm ſi inuentarium ritè factum ſit.

6 Confeſſionem nunquam ſcindi poſſe, propoſitio eſt non vniuerſaliter vera.

7 Qui acquieſcit confeſſioni heredis dicentis à ſe inuentarium confectum eſſe, non illico tenetur admittere inuentarium ritè factum eſſe & cur.

8 Conſectarium abſurdum quod promanat ex pragmaticorum negatione.

9 Si inuentarium quod exhibeatur tale ſit vt legis beneficium mereri nequeat, heres in ſolidum ex ſua confeſſione condemnandus eſt.

10 Heres qui inuentarium allegat, ante omnia illud exhibere tenetur.

11 Quæ ſint partes iudicis vbi heres inuentarium exhibere non vult.

12 Inuentarij quantumlibet vitioſi pœna non eſt grauior, quàm vt nullum eſſe exiſtimetur.

1 QVI à te conueniebatur † tanquam heres, dixerat & confeſſus erat ſe heredem eſſe, ſed cum hac adiectione, *ex beneficio legis & inuentarij*, nec tamen inuentarium vllum exhibebat, quærebatur an ex ea ſola confeſſione nullis aliis accedentibus hereditatis aditæ probationibus condemnari in ſolidum tanquam heres deberet. Dicebat non poſſe condemnationi locum eſſe, niſi conſentires vt beneficio legis & inuentarij frueretur, propterea quòd non eſſet tibi permittendum, vt confeſſionem eius ſcinderes, & ex ea tantùm parte agnoſceres quæ tibi placeret, ex alia verò improbares. Eam enim tibi conditionem deferri, vt vel totam confeſſionem agnoſcas, vel à tota recedas, *l. cùm quæritur. 16. D. de ad-*
2 *miniſtr. & peric. tutor.* Eámque ſententiam † pragmatici noſtri ſequuntur. Ex
3 quibus tamen ſunt qui diſtinguant, † an confeſſus heres ſit eo modo quo diximus, an verò negauerit ſe heredem niſi cum beneficio legis & inuentarij. Hoc enim caſu, etſi negatio ipſa implicat confeſſionem ſub contraria qualitate: difficilius tamen eſſe putant, vt ex reſponſione ſua obligetur heres tanquam confeſſus, qui negauit licet adiecerit, *niſi cum beneficio legis inuentarij*: mihi contrà videtur, ſiue heres † confeſſus ſit ſe heredem eſſe cum beneficio legis & in-
4 uentarij, ſiue negauerit ſe heredem niſi cum beneficio legis & inuentarij, pro herede abſolutè haberi & condemnari eum debere ex eiuſmodi reſponſione tanquam ex pura & abſoluta confeſſione ſi inuentarium nullum exhibeat. Nam ſi propiùs inſpicias, non eſt confeſſio illa conditionalis, aut, vt ita dicam, qualificata, niſi eo caſu quo inuentarium exhibeatur, quia nec aliter quàm exhibito inuentario ſciri poteſt an inuentarium ritè factum ſit, & ita vt eius beneficio gaudere heres debeat, ne creditoribus & legatariis ſupra vires hereditarias teneatur. Finge enim heredem qui ita reſpondit, exhibere inuentarium, quòd appareat non ſatis ritè factum eſſe, ſed ex contrario tam malè doloſè vt indignus heres ſit qui ex eo beneficium vllum conſe-

qua

quatur. An eo minùs heres erit abſolutè quod hereditatem cum beneficio
legis,& inuentarii agnouerit,& inuentarium fecerit:Minimè: quia non ſuf-
ficit inuentarium factum eſſe,vt proſit heredi ne abſolutè heres ſit. Sed illud
etiam requiritur vt ritè rectéque,& ex præſcripto conſtitutionum Iuſtinia-
ni factum fuerit.Itaque an inuentarium factum ſit néene, facti quæſtio eſt
non iuris: An verò ritè factum ſit, & heredi prodeſſe debeat, néene,iuris
quæſtio eſt,non facti.Hinc nimirum infero,Eum qui ſe heredem fatetur, li-
cèt cum hac adiectione *ex beneficio legis & inuentarij* non adiicere confeſsio-
ni ſuæ aliquid quod ſit meri facti, ſed potius quod iuris ſit,cùm eo animo
adiiciat vti ne in ſolidum obligetur.Nam ſi fateretur† ſe heredem, ſed ita ta- 5
men vt ſe inuentarium feciſſe diceret,non eo magis ſe exoneraret, niſi præ-
tereà inuentarij & legis beneficium imploraret,quoniam, vt diximus, fieri
poteſt vt abſolutè heres ſit & eſſe debeat qui confecit inuentarium etiam ſol
lenne ſi minùs ſollenniter fecerit. Legis igitur beneficium implorandum eſt,
quod ipſum tamen non aliter implorari poteſt quàm ſi inuentarium ritè fa-
ctum probetur. Non enim cuilibet heredi inuentarium facienti Iuſtinianus
fauere voluit,ſed ei tantùm qui ritè fecerit. Cui conſequens eſt,vt cui con-
feſſus eſt ſe heredem eſſe cum beneficio legis & inuentarij, aut qui negauit
ſe niſi cum eo beneficio heredem eſſe, ſi inuentarium nullum proferat per-
inde habendus ſit acſi fateretur ſe heredem,& inuentarium à ſe factum dice-
ret,neque tamen inuentarii beneficium imploraret.Eſto itaque quod prag-
matici volunt,Confeſſionem† ſcindi nunquam debere (quanquam habet e- 6
tiam propoſitio illa ſuas diſtinctiones & interpretationes) Admittamus
hunc qui ſic reſponderit† non tantùm heredem eſſe,ſed etiam ab eo confectũ
inuentarium fuiſſe.(Quid enim aliud poſſit ille petere, niſi vt factum creda- 7
tur quicquid ille factum dixit?) An idcirco illud quoque admittere coge-
mur inuentarium hoc quod pro facto habetur ritè factum fuiſſe? Mini-
mè verò;quia id non facti, vt diximus,ſed iuris eſt:Ius autem ea de re niſi vi-
ſo perlectóque inuentario certum eſſe non poteſt. Atqui, inquiet, hoc
ipſum etiam ad confeſſionis qualitatem pertinet. Nam qui contendit ſe he-
redem eſſe cum beneficio legis & inuentarii hoc ipſo aſſerit ritè confectum
à ſe inuentarium, cuius alioqui beneficium nullum eſſe poſſet: Reſpondeo,
neque confeſſionem neque interrogationem ad ea pertinere,quæ ſunt iuris,
ſed ad ea tantùm quæ ſunt facti. De facto enim non de iure & inter-
rogari & reſpondere aduerſarius debet. Proinde nec cogi eum qui inter-
rogauit,& ex confeſſione agit, confeſſionem agnoſcere quatenus iuris, ſed
tùm quatenus facti eſt. Cùm igitur is qui fatetur ſe heredem cum benefi-
cio legis & inuentarij, tria dicat,Heredem ſe eſſe inuentarium à ſe confectũ
fuiſſe,& inuentarii beneficio ſe dignum eſſe, quorum priora duo meri facti
ſunt,poſtremũ autem iuris cogitur quidem is qui ex cõfeſſione nititur fateri,
non modò agnitã ab herede conuento hereditatẽ,ſed etiam factũ eſſe inuen-
tarium,ſed non ſimiliter fateri cogitur inuentariũ ritè ac ſollenniter factũ eſ-
ſe:Atq. ita fit,vt non magis proſit heredi quod inuentariũ,de quo nõ cõſtat,
pro facto habeatur,quàm ſi de ea re heres confitendo nihil dixiſſet. Alioqui
dicendum erit,† Si heres confeſſus ſit heredem ſe eſſe cùm beneficio inuen- 8
tarii quod exhibeat,nunquam eum ex ſua confeſſione condemnandum in
ſolidum tanquam heredem abſolutè, nec ſi quid per ipſius dolum in forma
inuentarii peccatum ſit:quod tamen apertiſſimè falſum eſt, quia cùm inuen-

9 tarium quod exhibetur tale eſt vt legis†beneficium mereri nequeat, nihil o-
mnino ſupereſt quod impediat ne heres in ſolidum ex ſua confeſſione con-
demnetur, acſi ſimpliciter & nulla inuentarij mentione facta heredem ſe con-
feſſus eſſet: quamuis alias aditæ hereditatis probationes cõtra eum nullas ha-
beat is qui agit. Quis enim dubitare poſſit quin adita ſit hereditas ab eo qui
ſollenne inuentarium confecit tanquam heres, licèt malè confecerit; Is ta-
men rei gerendæ ordo eſſe debet, vt qui inuentarium†allegat, ante omnia iu-
10 beatur inuentarium exhibere, vt ſciri poſſit an ritè factum ſit nécne. Nam ſi
exhibeat & appareat nihil ab eo peccatum eſſe dolo malo, vtique beneficio
legis gaudebit. Sin aliquid minus ſolenniter factum fuerit accedente etiam
heredis dolo, in ſolidum condemnandus erit perinde acſi inuentarium nul-
11 lum factum eſſet. Quòd ſi exhiberet†nolit, eæ primùm iudicis partes eſſe de-
bebunt vt indignum eum pronunciet qui inuentarii beneficio & commodo
vtatur: ſed eo facto conſequens erit vt condemnet eum in ſolidum tan-
quam heredem purè & abſolutè. Et quidem ex ſola illa confeſſione, de qua
diſputauimus, id eſt licèt actor nulla alia ratione probet aditã ab eò heredita-
tem, quia cùm ad reſpondentis onus pertineat vt probet inuentarium à ſe
& factum & ritè ac ſolenniter factum eſſe, pro non adiecto habendum eſt
quod probari non poteſt: ſublata autem adiectione illa hoc ſolum relinqui-
tur, vt purè & abſolutè heres ſit qui tanquam talis conuenitur, quique here-
dem ſe eſſe confeſſus eſt. Et hic vnus nimirum caſus eſt in quo propoſita
quæſtio & error pragmaticorum locum habere poteſt, ſcilicet cùm heres in-
uentarium à ſe allegatum exhibere iuſſus non paret. Nam ſi nullo iuſſu præ-
cedente condemnetur, nimis properè & præcipiti iudicis feſtinatione con-
demnatus videbitur. Planè cùm iuſſus præceſſit, nemo æquum putauerit me-
liorem eſſe debere condicionem heredis nullum inuentarium exhibentis,
quàm ſi tale exhiberet quod perperam nec ſeruatis ſollennibus factum eſſet.
12 Neque enim inuentarii quantumlibet†vitioſi pœna vlla grauior eſſe poteſt,
quàm vt nullum eſſe exiſtimetur. Eáque ferè perpetua contra non exhiben-
tem præſumptio eſt, vt inſtrumentum quod non exhibet aut pro nullo ha-
beatur, aut pro exhibito quidem, ſed in tali forma in qua ſi exhibitum eſſet,
condemnari nihilominus exhibentem oporteret.

ERROR X.

Si ex confeßione hereditatis adita vni ex creditoribus facta alij creditores agant.

SVMMARIA.

1 *Aditio hereditatis cur difficilis probationis*

2 *An qui interrogatus in iure ab vno è creditoribus reſpondit ſe heredem eſſe, ab aliis quoque creditorib. hered. conueniri poßit.*

3 *Reſponſio pragmaticorum negans, & eius ratio.*

4 *In contrarium autoris diſceptatio.*

5 *Ad obligandum heredem creditoribus quid requiratur.*

6 *Heres ſit quiſquis ſe heredem profitetur dummodo heres eſſe poßit.*

7 *Pro herede gerit qui ſe dicit heredem præſertim apud Iudicem.*

8 *Sola heredis teſtificatio ſiue in iure ſiue*

extra

extra ius facta quòd velit eſſe heres, obligat eum hereditariis creditoribus.

9 *Cur delata hereditas per procuratorem acquiri non poſſit.*

10 *Vera ſententia l. vlt. D. de inter. in iur. fac. aduerſus pragmaticos ea abutentes aſſerta & comprobata.*

11 *De* quo filio tractet Scæuola in verbis d. l. vlt. vnus ex filiis qui nec bonorum *poſſeſſionem acceperat, nec heres erat.*

12 *Interrogatoria actio in quem detur.*

13 *Vnde naſcatur huiuſmodi actio.*

14 *Rationes decidendi Scæuolæ in dict. l. vlt.*

15 *Hereditaria actio non naſcitur ex interrogatione, ſed ex contractu cum defuncto.*

16 *Obiectio aduerſus interpretationem d. l. vlt. petita ex l. ſi is cuius 14. §. vlt. D. de interrog. in iur. fac.*

17 *Solutio & d. l. expoſitio.*

QVONIAM aditæ hereditatis † probatio plerunque difficilis 1
eſt, cùm aditio non tantùm ſit facti, ſed etiam animi alieni, ſolent
qui aduerſus aliquem agunt tanquam heredem, interrogare illum,
an ſit heres, & ſi confiteatur, expedita ſit probatio, nec niſi de a-
ctionis iure aut viribus exceptionis, ſi quam habeat quærendum ſupereſt,
l. 2. & 3. de interrog. in iur. faciend. Hinc illa dubitatio, ſi is † cui ſiue ex teſta- 2
mento ſiue ab inteſtato delata eſt hereditas, interrogatus in iure ab aliquo
ex creditoribus hereditariis, reſpōderit ſe heredem eſſe, ſin ex eiuſmodi con-
feſſione ab aliis etiam creditoribus tanquam heres conueniri poſſit. Et
vulgo à pragmaticis ſummo † omnium conſenſu probatum eſt, non poſſe 3
propterea quòd confeſſio reſpondentis ad interrogationem facta ſoli inter-
roganti prodeſſe debeat ex *l. vltim. eod. tit.* vbi hoc ipſum à Scæuola diſertis
verbis reſponſum eſſe creditur: illis verbis *reſpondit ab his qui in iure non in-*
terrogaſſent ex reſponſo ſuo conueniri non poſſe. Quę tamē ſententia † mihi ſem-
per non modò erronea, ſed etiam abſurda viſa eſt. Nam cùm ad heredem cre- 4
ditoribus omnibus obligādum, † nihil aliud requiratur, niſi vt heres eſſe pro- 5
betur: heres autē fiat † quiſquis eſſe vult hoc ipſo quod profitetur velle ſe he- 6
redem eſſe dummodo heres eſſe poſſit, id eſt ipſi delata ſit hereditas, quid
obſecro apertius, quàm eum qui in iure fateatur ſe heredem, licèt vno tan-
tùm ex creditoribus interrogante hoc ipſo fieri heredem tametſi anteà non
fuiſſet, ac conſequenter creditoribus omnibus obligari? An non enim
heres fit quiſquis pro herede gerit, licèt nihil dicat? An non autem pro
herede † gerit qui ſe dicit heredem, præſertim in iure & apud iudicem? *lege,* 7
ſi filius qui abſtinuit 12. eodem. Quid enim intereſt an verbo quis, an facto
voluntatem ſuam declaret? *lege, non tantum. Digeſt. rat. rem haber.* Cùm-
que aditio hereditatis ſit animi magis quàm facti, quid poteſt aptius
eſſe ad animum illum teſtificandum, quàm ſi quis heredem ſe eſſe non
tantùm velit, ſed etiam apertiſſimis verbis exprimat? Nam, vt Tube-
ro apud Celſum dicebat in *l. Labeo 7. §. Seruius de ſupell. legat.* quorſum
verba, niſi vt demonſtrent voluntatem dicentis? Et verò etiamſi nemo
interrogaſſet, ſola tamen heredis teſtificatio, † ſiue in iure, ſiue extra ius facta, 8
quòd heres eſſet, obligaret eum hereditati erga omnes omnino credito-
res, quemadmodum & ſi quid aliud feciſſet quod citra ius & nomen he-
redis fieri non potuiſſet. Quid enim eſt quod minus facere poſſit citra
ius & nomen heredis, quàm vt ſe heredem dicat? Adeò vt nec diſtinctio-
ni ac quæſtioni facti & voluntatis locus vllus relinquatur, quomodo re-
linquitur, cùm is adeundi animus non verbis ſed facto aliquo declaratus
eſt. Nemo enim poteſt ſe heredem dicere, ex quo delata illi eſt hereditas
vt heres fieri poſſit, quin hoc ipſo heres fiat, omni omnino caſu. Nam 9
& hanc rationem ſoleat noſtri reddere, cur hereditatem † ſibi delatam ac-

quirere nemo poſſit per procuratorem; quoniam, inquiunt, nec malè, hoc ipſo quòd procuratorem conſtitueret ad acquirendam hereditatem ſibi eam acquireret *lege*, *per procuratorem* 90. ſi ſic malis legere quàm vt in Florentinis *per curatorem. D. de acquirend. hered.* Quid ergo ad Scæuolam reſpondebimus? Hic verò facere non poſſum quin exclamem, Quàm parui iureconſulti ſunt, qui magni inter pragmaticos videri volunt! Tractat † Scæuola de filio, qui nec bonorum poſſeſſionem acceperat, nec heres erat, & tamen ſe heredem eſſe reſponderat, ac proinde qui reſponſionis tempore nec volens heres fieri poterat, nunquam ſcilicet delata ei hereditate: Ergo de
10 filio ſuo exheredato aut de emancipato præterito. Nam † ſi ſuus eſſet non
11 exheredatus, is vtique ſtatim & ipſo iure heres eſſet ex teſtamento, nec quicquam faceret quod poſſet abſtinere, *lege.1.§.qui ſunt in poteſtate. Digeſt.ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtamen. l. neceſſariis* 57. *D.de acquirend. heredit.* Nullo autem facto per patrem teſtamento, & conſequenter nulla interueniente exheredatione (neque enim ab inteſtato fieri exheredatio poteſt) perinde heres eſſet ipſo iure & citra aditionem, aut immixtionem, quarum illa in ſuis heredibus induci nequit, hæc verò neceſſaria non eſt *l.in ſuis* 11. *D.de liber.& poſthum.l.in ſuis* 14. *D.de ſuis & legit.* Proinde non poſſent ei conuenire verba illa *qui heres non erat*, ſed ei ſoli ex ſuis heredibus qui exheredatus eſt. Cuius & deterior in eo condicio eſt quàm agnati aut extranei inſtituti necdum heredis facti, quod non ſolum heres non eſt, ſed neque eſſe poteſt, niſi rupto priùs ex aliqua cauſſa vel irrito facto teſtamento. Exheredatio enim licèt ius ſuitatis non tollat, tollit tamen vim & effectum ipſius, vt probauimus *lib.10.Coniecturar. cap.* 19. Emancipatus verò, ſi præteritus ſit; neque ab inteſtato heres eſſe poteſt, neque ex teſtamento, tametſi maximè velit cùm ſit iure ciuili omnino incognitus & extranei iure cenſendus, ſed cogitur implorare auxilium prætoris, & bonorum poſſeſſionem petere, aut contra tabulas, ſi quæ extent, aut ab inteſtato Vnde liberi, quo non facto etiamſi delata ei ſit alterutra bonorum poſſeſſio, & millies in iure dicat ſe heredem eſſe, tamen heres fieri non poteſt, quia heredis nomen eſt iuris ciuilis, nec fieri poteſt vt qui ex prætoris tantùm edicto vocatur ad ſucceſſionem, heres fiat, ſed tantùm bonorum poſſeſſor, quandoquidem nec heredem facere Prætor poteſt, *§. quos autem. Inſtitut.de bono.poſſeſſio.* Mirum igitur non eſt, filium hunc qui neque heres ſit, neque eſſe poſſit, nec ob hoc ſolùm fieri heredem poſſe, quòd ſe heredem eſſe mentitus ſit. Nec mouet quod ſi filius hic bonorum poſſeſſionem accepiſſet, videtur Scæuola fuiſſe aliud reſponſurus, vt verba illa innuunt, *nec bonorum poſſeßionem acceperat.* Nam reſpondeo multum referre an filius emancipatus bonorum poſſeſſionem iam acceperit, an accipere tantùm poſſit. Etſi enim neutro caſu heres eſt propter eam rationem quam diximus, tamen accepta bonorum poſſeſſione
12 heredis loco habetur in omnibus, ideóque prætor ex cuius edicto & interrogationes fiunt, & interrogatoriæ actiones competunt *l.2.eod.titul.* non habet eum pro mendace ſi heredem ſe dixiſſet, quoniam & habet eum pro herede. Prius verò quàm accepta ſit bonorum poſſeſſio, ſicuti bonorum poſſeſſor non eſt, ita nec heredis loco haberi poteſt, neque rurſus bonorum poſſeſſor fieri hoc ipſo quod ſe heredem eſſe in iure fateatur. Non enim ſicut is qui heres iure ciuili fieri poteſt, citra cretionis ſollennitatem, hoc ipſo fit heres quod bonorum poſſeſſionem accipit, quia bonorum poſſeſſionem accipere

Digitized by Google

accipere nihil aliud eſt quàm ſe gerère pro herede : *l. puberem* 12. *Cod. de iur.*
deliber. Ita ex contrario dici poteſt, cum qui non heres, ſed tantùm bono-
rum poſſeſſor fieri queat, hoc ipſo fieri bonorum poſſeſſorem quod ſe here-
dem dicat. Sollennis enim fuit olim & Scæuolæ temporibus agnitio bono-
rum poſſeſſionis, nec quocunque actu aut indicio voluntatis aut quocun-
que loco expediri poterat ante Iuſtiniani conſtitutionem, quæ omnes illas
ſollennitates ſuſtulit, in *l. vltim. Cod. qui admitt. ad bonor. poſſeſſ. poſſ.* Planè ſi
poneres emancipatum inſtitutum à patre, dubitandum non eſſet, quin is
fatendo ſe heredem, hoc ipſo ſe obſtringeret hereditati & conſequenter cre-
ditoribus & legatariis omnibus hereditariis, quia quòd emancipatus ex-
tranei iure cenſetur, facere non debet vt deterioris condicionis ſit quàm
extraneus: quem diximus hoc iure vti, vt ſi vel vno ex creditoribus interro-
gante reſpondeat ſe heredem, heres fiat. Sed de filio emancipato inſtituto
non loqui Scæuolam apparet ſatis ex illis verbis *vnus ex filiis qui nec bonorum*
poſſeßionem acceperat, nec heres erat: quæ proculdubio eò pertinent, vt intel-
ligamus filium illum qui cùm nec bonorum poſſeſſionem accepiſſet, nec he-
rès eſſet, reſpondit ſe heredem eſſe, mentitum eſſe, ob idque ex mendacio ſuo
& in pœnam mendacii interrogatoria conueniri debere. Subiicit enim
Scæuola *an quaſi interrogatoria creditoribus cæteris teneatur.* Interrogatoria
autem actio † in eum datur qui confitendo, ſiue verum, ſiue falſum, aut negan 12
do verum, & mētiendo ſe onerauit, *lege, voluit* 4. *l. & quia* 6. *l. de ætate.* 11. *§.*
ſi cùm eſſet. & §. ſequenti. l. confeßionibus 13. *l. quia ex parte* 18. *eod titulo.* In
pœnam nimirum mendacii. Nam mentitur ſanè is qui cùm nec bonorum
poſſeſſionem acceperit, nec heres ſit, aut eſſe poſſit, fatetur tamen & reſpon-
det ſe heredem. At non mentitur ille qui nondum agnita hereditate, quæ
tamen delata eſt, fatetur ſe heredem, quia hoc ipſo fit heres & pro herede
gerere videtur, *d. l. ſi filius qui abſtinuit* 12. *eodem titulo.* Ex falſa & mendaci
confeſſione † naſcitur actio interrogatoria, ſicut & ſi heres nihil reſpondeat, 13
ideóque ſecundum aduerſarium iudicetur, vt in *l. ſi perluſorio.* 14. *§.* 1. *D. de*
appell. Ex vera autem confeſſione nulla naſcitur actio, ſed priſtina quæ iam
competebat, ſiue propria ea eſſet, ſiue hereditaria commodiùs & tutiùs exe-
cetur. Interrogatoria non tam latè patet, quia ſicuti ex ſola interrogatione
naſcitur, ita nō alii quàm interroganti prodeſſe poteſt, ob idque nec de eo
Scæuola dubitat, An ex interrogatione vnius ex creditoribus actio interro-
gatoria cæteris competat, quam non competère certum erat, ſed an *quaſi*
interrogatoria, id eſt vtilis actio ex interrogatione ab alio facta. At ne hoc
quidem admittit, non illa tantùm † ratione quam vulgo adferunt, quod 14
res inter alios acta aliis nec prodeſſe debeat nec nocere, ſed hac potiſſi-
mùm quòd per liberam perſonam alteri quæri actio non poſſit. Heredita-
ria autem actio patet latiùs, cúmque non ex interrogatione † naſcatur, licèt 15
heres interrogetur, ſed ex contractu qui cùm defuncto initus fuit, non eſt
vtique dubitandum quin competat creditoribus & legatariis omnibus ad-
uerſus illum qui ſe heredem eſſe reſpondit, quamuis vno tantùm ex credi-
toribus interrogante. Abutuntur ergo pragmatici reſponſo illo Scæuolæ;
cùm ex eo nituntur vt probent actionem hereditariam creditoribus & le-
gatariis omnibus dandam non eſſe contra heredem qui ad vnius ex credito-
ribus interrogationem reſpondit verè non falsò ſe heredem eſſe. Vnum ta-
men eſt quod huic noſtræ interpretationi † fortaſſe obiici poſſe videatur. Id 16

ſcilicet quod Iauolenus ſcribit in *l.ſi is cuius 14.§. vlt. eod. titulo.* Confeſſiones falſas ita demum ratas eſſe, ſi id quod in confeſſionem venit & ius & naturā recipere poſſit. Diximus autē Scæuolæ reſpōſum de eo filio intelligi debere, qui necdū heres ſit, nec gerēdo pro herede heres fieri poſſit. Quomodo enim fieri queat, vt fatendo ſe heredē ſe obliget is qui nec volens heres fieri
17 poſſit? At reſpondeo † Iauoleni ſententiam non illā eſſe, vt nō aliter quis obligetur ex reſpōſione quàm ſi talis eſſe poſſit, qualē ſe dixit (quid enim ſit is qui nec ſcriptus nec agnatus proximus eſt cōuentus tanquā heres dixerit ſe heredē? an eo minùs ex reſponſione ſua tenebitur?) ſed vt falſæ confeſſiones naturalibus conuenire debeāt, id eſt, vt ſi eius nomine de quo quis interrogatus ſit cum aliquo ſit actio, eām quæ cum alio eſſet ſi heres eſſet in noſmetipſos confeſſione noſtra transferamus. Item vt ſi eum qui in poteſtate patris eſſet, reſpondiſſem filium meum eſſe, ita obliger ſi ætas eius pateretur vt filius meus eſſe poſſit. Quemadmodum eleganter Paulus explicat in *d.l.confeſſion.13. eod.tit.*

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI,

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET Interpretum Iuris.

DECAS. TERTIA.

ERROR PRIMVS.

De ſuo herede qui nec immiſcuit ſe, nec abſtinuit.

SVMMARIA.

1 Suus heres iure quidem eſt neceſſarius, datum tamen ei à prætore eſt beneficium abſtētionis.

2 Ex pragmaticorum ſententententia ſuus heres eſt hodie adeò voluntarius, vt non priùs heres videri poſſit quàm ſe immiſcuerit.

3 In oppoſitum autores diſſertatio.

4 Suus heres quis dicatur.

5 Heredem veteres pro domino dixere.

6 Sui heredès ſtatim & ipſo iure heredes exiſtunt, id iſti non fiunt, ſed apparent.

7 Filius qui paternam hereditatem agnoſcit non dicitur adire, ſed ſe immiſcere, ſi nolit agnoſcere, non repudiare dicitur. ſed abſtinere.

8 Adire aut repudiare hereditatem extranei eſt heredis, immiſcere vel abſtinere ſui.

9 Eius qui heredem ſuum reliquit, nulla omnino hereditas eſſe intelligitur, & cur.

10 Si ſuo herede relicto hereditas nulla eſt, ſequitur filium patris heredem dici non poſſe.

11 Filius qui ſuccedit patri cur heres ſuus appelletur. & n.16.

12 Reijcitur illud Cuiacij, autori quondam probatum, In ſuis heredibus idem inſtanæ eſſe delatæ & acquiſitæ hereditatis, quòd in ijs nulla ſit hereditas.

13 Cur & quomodo Hereditatis nomen vſurpent veteres IC. cùm de ſuis heredibus loquuntur & n.15.

14 Veteres IC. nuſquam ſcripſere hereditatēm patris filiofam. aut deferri aut acquiri: & cur.

17 Licèt prætor ſuis heredibus beneficium abſtinendi indulſerit, tamen nec fecit nec facere potuit vt ſuus heres deſineret eſſe heres.

18 Ratio ſuperioris effati.

19 Filiusfam. etiam poſt abſtentionem heres eſt.

20 Ergo multò magis ſuus & neceſſarius manet heres filius qui nondum abſtinuit, licèt habeat abſtinendi beneficium.

21 Beneficij abſtinendi vis & poteſtas.

22 Beneficij ſeparationis effectum.

23 Pragmatici inſcitè confundunt aditionem & immixtionem, tum repudiationem & abſtentionem.

24 Erronea traditio Bartoli putantis ſuum heredem pro abſtento in dubio haberi debere, & eius confutatio.

25 Exponitur ſententia verborum. l.1.C. ſi minor ab hered. ſe abſtin.

VIX

Digitized by Google

VIX quiſquam eſt inter pragmaticos tam imperitus,qui neſciat
ſuum † heredem eſſe etiam neceſſarium iure ciuili, datum ta- 1
men ei à prætore beneficium abſtentionis , vt quamuis
ipſo iure teneatur paternis creditoribus , & legatariis om-
nibus , in eum tamen ſi abſtinere maluerit nullam actionem
dari prætor patiatur, *l. neceſſarius* 57. *D. de acquir. hered.* Sed ta-
men quid adhuc ex iure vetere ſuperſit poſt inductum beneficium abſtentio-
nis , & quænam edicti prætorij vis & poteſtas hac parte ſit , perpauci ſciunt.
Sic enim vulgò exiſtimant, † ſuum heredem vſque adeò eſſe hodie non ne- 2
ceſſarium,prorſúſque voluntarium,vt non priùs heres videri poſsit, quàm ſe
immiſcuerit, ſicut nec extraneus antequàm adierit , heres vllomodo dici po-
teſt. In quo falluntur apertiſsimè. Nam † cùm olim filiusfamil. eſſet patri 3
& ſuus heres & neceſſarius , prætor fecit quidem ex neceſſario non neceſſa-
rium,quod ad ipſum prætorem attinet , ſed non ſimiliter ex ſuo herede non
ſuum. Explico , Suum † heredem cùm dicimus , eum intelligimus qui iam 4
viuo patre rerum paternarum dominus fuiſſe intelligitur , quique defuncto
quandocunque patre ſibi magis quàm patri ſucceſsiſſe videatur , id eſt , libe-
ram potius proprij patrimonij adminiſtrationem, quàm paterni nouam ac-
quiſitionem nactus fuiſſe : Denique continuatio illa eſt , non acquiſitio do-
minij,vt eleganter Paulus tractat *in ſuis* 11. *D. de liberis & poſthumis.* Here-
dem † enim veteres pro domino dixerunt *§. vlt. Inſtitut. de hered. qualit. &* 5
differ. qui autem iam viuo patre dominus fuit, fieri nequit vt vel magis
vel iterum dominus fiat eo mortuo *l. non vt ex pluribus* 159. *de regulis iuris.*
Hinc illud eſt quod dici ſolet , ſuos † heredes ſtatim & ipſo iure heredes 6
exiſtere , id eſt non fieri , ſed apparere quod Græci dicunt ἀναφάνδης, quaſi
mortuo patre nihil aliud noui accidat , niſi quod fit apertius , iam
tum cùm pater viueret, fuiſſe filium dominum rerum paternarum ex i-
pſius parentis voto , licet id obſcurius eſſet propter liberam illam quam pa-
ter habebat patrimonij ſui adminiſtrationem. Inde illud etiam, quod filius
† ſi paternam agnoſcat hereditatem non adire dicitur, ſed ſe immiſcere, 7
ſi nolit agnoſcere,non repudiare dicitur,ſed abſtinere *l. in ſuis* 14. *ff. de ſuis &*
legit. Adire enim † aut repudiare delatã ſibi hereditatem , extraneorum here- 8
dum eſt, Inmiſcere verò ſe aut abſtinere,non niſi ſuorum. Plus dico, quod
neſcio an adhuc quiſquam dixerit, Eius qui ſuum † heredem reliquit,nullam 9
omnino hereditatem intelligi , non magis quàm ſi etiamnum viueret , ſed
quod extraneo herede relicto hereditatis nomine & iure cenſeretur , ea pa-
tris bona etiam poſteaquam defunctus fuit dici debere. Hereditatis ſiqui-
dem appellatione dominium illud ſignificamus , quod patrefamilias defun-
cto neceſſe eſt induci per legem,ad repræſentandam ipſam defuncti perſonã,
ne intereà bona omnia quæ defuncti fuerunt fiant vacantia , cedántque pri-
mo occupanti , nec expectari poſsit vt extraneus heres adeat qui ex tempore
aditæ hereditatis perſonam defuncti repræſentet , ac in cuius perſona conti-
nuetur illud ipſum dominium quod penes defunctum [illegible] quaſi nunquam
acne minimo quidem vllo temporis momento interpe[illegible]n : nam ſi quod
inſtans eſſet in quo dici poſſet interruptam fuiſſe continuationem illam do-
minij quam à defuncto in heredem fieri neceſſe eſt , fieri nullo modo poſſet
ne quidem ipſius legis poteſtate vt defuncti heres quiſquam eſſet , ac domi-
nus bonorum defuncti , nimirum propter medium inhabile , vt cum pra-

gmaticis & interpretibus loquar, quod extremorum coniunctionem impediret. Etſi namque ea ipſa lex quæ facit hereditatem, facit etiam heredem, non poteſt tamen facere heredem ſine hereditate, priúſque neceſſarium eſt vt hereditas aliqua quàm vt heres quiſquam ſit, cùm heres is demum dicatur cui & delata & acquiſita eſt hereditas. Ex quo apparet fictionem illam legis, quæ induxit nomen & ius hereditatis, non niſi ex neceſſitate profectam eſſe, ideóque ſicut in cæteris omnibus fictionibus euenit, non aliter admittendam eſſe quàm & vbi, & quatenus neceſſe eſt. Atqui defuncto patre qui ſuum heredem reliquit, nihil neceſſe eſt vllam induci hereditatem ad continuandum dominium in id vſque tempus quo filius dominus fiat, quippe qui, vt dixi, iam inde viuo patre dominus fuerit, nec noua vlla dominij acquiſitione indigeat. Quæ etiam Pauli ſententia eſt ſatis aperta in *dict. l. in ſuis* 11. *de*
10 *lib. & poſth.* Quod ſi ſuo herede † relicto hereditas nulla eſt, planè conſequens fit nec poſſe filium dici patris heredem, cùm hereditas illa ſit quæ he-
11 redem facit. Et ob id nimirum *ſuum heredem* † appellamus, ne quis fortè putet eum cæterorum heredum exemplo defuncti patris heredem eſſe. Heres quidem eſt, id eſt dominus, ſed ſuus heres, non patris, quia non dominium illud quod penes viuum patrem fuit, nanciſcitur, ſed illud ipſum quod viuo patre habuit, id eſt ſuum proprium retinet, ſibique liberius habet. Vnde illud etiam infero non ſatis rectè virum doctiſsimum & alioqui adprimè in iuris principiis verſatum *Iacobum Cuiacium* & eum ſecutos ex recentioribus pleroſque ſic paſsim locutos eſſe, vt dicerent quod & nos quoque in Conie-
12 cturis noſtris alicubi ſcripſimus, in † ſuis heredibus idem inſtans eſſe delatæ & acquiſitæ hereditatis, cùm ex contrario neque hereditas, neque per conſequentiam hereditatis aut delatio, aut acquiſitio in iis vlla ſit, aut eſſe poſsit, ſi propriè & partitè loquaris *dict. l. in ſuis* 11. *de lib. & poſthum.* Quare nec lex 12. tabul. ſic locuta eſt vt detulerit hereditatem ſuo heredi ſicuti detulit agnato proximo, ſed quaſi delatio in agnati proximi perſona incipiat, ita dixit, *Si ſuus heres non erit, agnatus proximus familiam habeto.* Quanquam non ignoro ipſos etiam iuris autores cùm de ſuis heredibus loquuntur, hereditatis
13 † quoque nomen quàm ſæpiſsimè vſurpare, nimirum illo ipſo ſenſu quo ſuum heredem vocant heredem (ſunt enim hæc coniugata, nec heres, vt dixi, ſine hereditate eſſe poteſt) id eſt vt ſignificent dominium illud quod filiifamilias fuit iam viuente adhuc patre: non vt nouam dominij cauſſam quæ filiofamilias poſt patris mortem & deferatur & acquiratur. Nuſquam
14 enim apud Iureconſultos † reperias, Hereditatem patris filiofamilias aut deferri aut acquiri (licèt *delatam* dixerint Impp. impropriè, vt loqui plerunque ſolent in *l. ſed &* 8. *C. de iur. delib.* Non quòd vſque adeò paterna bona in filij dominio eſſe exiſtimentur, vt non liberum ſit patri filiumfamilias aut inſtituere, aut exheredare, quem & occidere olim licebat *d. l. in ſuis* 11. *De ſuis & legit.* Sed quia illo etiam caſu quo filiusfamilias à patre inſtitutus eſt, & hereditatem habet ex teſtamento, ſtatim & ipſo iure citra immixtionem vllam ex teſtamento heres eſſe intelligitur *l. 1. §. qui ſunt in poteſtate.* D. *ſi quis omiſſ. teſtam.* Proinde hereditatis delatio nulla intercedere poteſt, quia fieri nequit vt ei qui iam heres eſt hereditas deferatur, & quod heredi-
15 tatem patris I.C. † vocant, fit eo reſpectu, quòd illud dominium aliquando fuit patris: aut hereditatem pro familia vſurpant; vt in lege duodecim tabu-
16 larum familia pro hæreditate accipitur. Cæterùm ſicut is † qui ſuus heres eſt

nem-

Digitized by Google

non tam patris quàm ſuus heres eſſe creditur, ita nec tam paternam quàm
ſuam hereditatem habere dicendus eſt, vt eadem ratio ſit heredis & here-
ditatis. Hoc verò cùm ex iuris ciuilis ratione veriſsimè dicatur, apparet
prætorem qui abſtinendi † beneficium ſuis & neceſſariis heredibus indul- 17
ſit, non ideò tamen feciſſe, nec facere potuiſſe vt ſuus heres deſineret eſſe
heres, non illa ſolùm ratione † quòd prætor ſicut heredis ius & nomen 18
dare non potuit, ita neque adimere, *§. quos autem. Inſt. de bonor. poſſ.* ſed et-
iam quia nec ipſa iuris ciuilis poteſtate fieri poteſt, vt qui heres ſemel fuit,
heres vnquam eſſe deſinat. *l. ait prætor 7. §. ſed quod Papinianus.* D. *de minor.*
l. ei qui ſoluendo 88 *de hered. inſtit.* Ergo etiam poſt inductum à prætore
beneficium abſtentionis, ſaluum filiofamiliâs manet ius † & nomen ſui 19
heredis, & conſequenter neceſſarius quoque heres dicendus eſt iure ciuili,
ſiquidem fieri nequit vt qui iam eſt heres, neceſſariò heres nõ ſit, non magis
quàm vt quid idem ſit, & non ſit. Idque eſt quod Vlpianus ſcribit in *d. §. qui
ſunt in poteſtate*, in hæc verba *qui ſunt in poteſtate, ſtatim heredes ſunt ex te-
ſtamento, nec quòd ſe poſſunt abſtinere quicquam facit.* Cui ſimile illud etiam
eſt (niſi quod multo difficilius & pragmaticis mirabilius id videri debeat)
quod idem Vlp. ſcripſit in *l. cùm quaſi* 30. *§. ſed etſi ſuus. de fideic. libert. Non
eſſe ſine herede eum qui ſuum heredem habet licèt ſe abſtinentem.* Nam ſi etiam
ſecuta abſtentione nihilominùs heres manet qui anteà fuit, quanto ma- 20
gis † admittendum eſt ſuum & neceſſarium heredem manere filium qui
fuit in poteſtate, necdum abſtinuit, licèt habeat ex edicto prætoris benefi-
cium abſtinendi? Quare nec ſic loquitur Caius in *d. l. neceſſariys* 57. *de ac-
quir. hered.* vt dicat edicto prætoris factum eſſe vt ſui aut neceſſarij heredes
hodie non ſint, qui olim fuerunt. Sed ex contrario fatetur beneficium 21
† prætoris in eo tantùm elucere, vt quamuis creditoribus hereditariis iure
ciuili teneantur, nimirum tanquam heredes ſui & neceſſarij, tamen in eos
actio non detur ſi velint derelinquere hereditatem: quia ſcilicet non ha-
bet eos prætor heredum loco poſt abſtentionem, *l. ſi filius qui abſtinuit*
12. *D. de interrog. in iur. faciend.* Ante abſtentionem licèt in eo ſint vt abſtine-
re adhuc poſſint, aut quia ſe non immiſcuerunt, aut fauore pupillaris ætatis,
habet eos prætor quoque heredum loco, nec vſquam ſcriptum legas, ob
id minùs haberi à prætore loco heredum quod poſſint abſtinere. Id enim
prætori propoſitum fuit, liberos oneribus hereditariis non ſponte ſuſceptis
liberare, non inuitos ab hereditate remouere *l. ſi filius* 12. *D. de vulgar. & pu-
pill. ſubſtit.* Idem contingit in beneficio ſeparationis quòd ſeruo cum liber-
tate inſtituto prætores dederunt ita demum ſi non attigerit bona patroni 22
l. 1. §. vltimo. D. de ſeparationibus. Neque enim beneficium † illud facit quo-
minus ſeruus libertatem conſecutus maneat domini heres neceſſarius, ſed
tantùm vt quantumuis ipſo iure ſit neceſſarius, tamen in ea cauſſa ſit vt
quicquid poſteà acquiſierit ſeparetur, etiam ſi quid ei à teſtatore debebatur
dict. §. vltimo. Et ſanè ſeparationis beneficium dici non poſſet ſi confuſio-
nẽ impediret quam inducit ius & nomen neceſſarij heredis. Conſtat igitur
ex ſuperioribus egregiè pragmaticos noſtros deſipere, qui putant filiũfami-
lias hodie poſt edictũ prætoris nõ aliter heredem dici poſſe quàm ſi heredi- 23
tatem patris adierit. Sic enim loquuntur † aditionis & immixtionis diffe-
rentiam nullam agnoſcentes, vt nec abſtentionis & repudiationis. Nec 24
illi multo meliùs qui Bartolum † ſecuti ad *l. 1. Cod. ſi minor ab hered. ſe*

abſtin. defendunt, ſuum heredem pro abſtento in dubio haberi debere, quoties hereditas damnoſa eſt, non item ſi ſit opulenta. Nam cùm abſtentio ſit meri facti, vt & aditio hereditatis & repudiatio, probari omnino debet. *l. 2. & 3. D. de interrog. in iur. faciend.* Non enim beneficium hoc ſuis heredibus à prætore datum eſt vllo caſu, vt pro abſtentis habeantur, ſed tantùm vt abſtinere poſsint, ſi velint, voluntas igitur ea de re aliquomodo teſtanda & de-
25 claranda eſt. Neq; obſtat † quod in *d. l. 1.* ita ſcriptũ eſt *ſi vos paterna hereditati non immiſcuiſtis, ob eam rem teſtificatio neceſſaria non fuit.* Senſus enim eſt, non eſſe præſumendam immixtionem de qua nõ appareat, nec debere ſuum heredem onerari probatione quòd ſe non immiſcuerit, quoniam immixtio quoque facti eſt. Sed non valet conſecutio ſi quis ex eo inferat, Præſumendam igitur ex contrario abſtentionem. Nam cùm & abſtentio quoque facti ſit, præſumi numquam poteſt, quantumlibet damnoſa hereditas proponatur. Quid ergo? Neque pro abſtento habebitur ſuus heres, neque pro eo qui ſe immiſcuit, ſed ſaluum habebit beneficium iuris prætorij vt abſtinere poſsit etiam citra reſtitutionem in integrum, quod ſecus eſſet ſi immixtio vel minima præceſsiſſet, niſi proponeres impuberem, cui propter ætatis imbecillitatem fauendum prætor putaret, abſque ope reſtitutionis: ſolis enim puberibus intra viceſimum quintum annum conſtitutis neceſſarium eſt reſtitutionis auxilium, quod poſt eam ætatem cùm immixtio præceſsit competere amplius non poteſt: vt probant cætera quæ in eadem lege ſequuntur, & apertiùs traditum eſt in *d. l. neceſſarijs 57. D. de acquir. hered.*

ERROR SECVNDVS.

Si ſuus heres ſe abſtinuerit, & curator paternæ hereditati tanquam iacenti detur.

SVMMARIA.

1 *Erroneum pragmaticorum dogma ſuo loco herede ſe abſtinente curatorem paternæ hereditati tanquam iacenti dandum eſſe.*

2 *Refutatio propoſiti dogmatis, ex eo quòd heres ſuus etiam poſt abſtentionem eſt heres.*

3 *Hereditas iacens dici nequit quæ habet heredem.*

4 *Herede ſuo ſe abſtinente dandus eſt curator bonis defuncti, non hereditati. & numero 6.*

5 *Quandiu deliberat heres extraneus non datur curator hereditati vt iacenti.*

FAcile erit ex ſuperioribus intelligere quàm ſtultius & ineptius ſit
1 quod iidẽ pragmatici volũt † ſuo herede ſe abſtinente curatorẽ pa-
2 ternę heredit. tanquã iacenti dandum eſſe. Nam † ſi verum eſt quod
diximus & probauimus, ſuũ heredẽ nõ eo minùs & ſuum & neceſſarium he-
redem ipſo iure manere, quòd abſtinendi beneficiũ, ſi volet, ex prætoris edi-
cto habeat, ideóq; ſtatim heredẽ eſſe ex teſtamento *l. 1. §. qui ſunt in poteſtate*
D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. Nec dici poſſe ſine herede eum eſſe qui ſuum he-
redem habet, quamuis ſe abſtinentẽ, vt diſertè Vlpianus ſcribit in *l. cùm quaſi*
3 *30. §. ſed etſi ſuus D. de fideic. libert.* quis admittat † iacentẽ dici hereditatem,
quæ habet heredem, aut ei curatorem dari tanquam iacenti quæ reuera nec
iacens eſt, nec vnquam fuit, nec eſſe poteſt? Imò quæ nec verè hereditas
eſt, ſi hereditatem accipias non pro dominio ſimpliciter, quemodo acci-

piunt

piunt Iureconſulti, cùm dicunt hereditatem patris qui ſuum heredem reliquit, ſed pro dominio illo iacente quod ante hereditatis acquiſitionem dominum alium non habet quàm defunctum. Vt contingit in extraneis heredibus, in quibus nec hereditas ampliùs dicitur poſt aditionem, ſed proprium patrimonium heredis. Dicat aliquis, ſuum heredem qui abſtinuit, licet non eo minùs & ſuus & neceſſarius heres maneat iure ciuili, tamen à Prætore loco heredis non haberi, *l. ſi filius qui abſtinuit* 12. D. *de interrog. in iur. facie nd.* Quidni ergo hereditati tanquam iacenti curator dabitur vt effectum rei magis quàm ſubtilitatem iuris & verborum inſpiciamus, aut qua demum alia actione creditoribus ſuum perſequi volentibus conſuletur? Reſpondeo, dan-
dum ✝ quidem eſſe curatorem, qui & creditorum actiones excipiat, & actio- 4
nes omnes quæ defuncto competierunt exerceat, ſed dandum bonis defun-
cti, non hereditati iacenti quæ nulla eſt. Nam & cùm heres inſtitutus ✝ ex- 5
traneus aut agnatus proximus vrgentibus hereditariis creditoribus implorauit beneficium iuris deliberandi, certum eſt, quandiu ille deliberat, non dari curatorem hereditati tanquam iacenti, licèt reuera iaceat: obiicies nec bonis ipſis hoc caſu dari: Fateor, quia futurum eſt breui vt defunctus habeat ſucceſſorem, potéſtque intereà is qui deliberat omnia ſine præiudicio expedire quæ longiorem moram non patiuntur, *l. Ariſto.* 5. §. 1. *cum l. ſeq. D. de iur. delib.* Sed cùm non apparet quis heres eſſe aut poſſit aut velit, vt contingit
✝ filio ſe abſtinente, dico nihil aliud fieri poſſe, quàm vt curator bonis con- 6
ſtituatur, & bona vendantur, & ſi quæ actiones defuncto competierunt exper curatorem exerceantur, aut creditoribus cedantur, quemadmodum & ſi quis inſtitutus eſſet ſub conditione non poteſtatiua, *l.* 1. 2. *& paſſ.* D. *de curat. bon. dand.*

ERROR TERTIVS.

De curatore iacenti hereditati dando cùm nullus heres eſt, ſiue aliquis ſperetur, ſiue non.

SVMMARIA.

1 Cur nullo iuris loco tractetur de curatore hereditati tanquam iacenti dando.

2 Hereditas perſonam defuncti repræſentat, non heredis.

3 Hereditati furtum fieri nequit.

4 Cuiuſnam rei hereditariæ furtum fieri queat.

5 Curator cur detur.

6 Pragmatici hereditatis & bonorum appellatione promiſcuè per imperitiam vtuntur.

7 Inter hereditatem & bona differentiæ plures notatæ.

8 Hereditas deſinit eſſe hereditas ex quo certum eſſe incipit neminem heredem fore.

9 In ſuis non erat olim ſucceſſio, imò nequidem in agnatis.

10 Ex l. vlt. §. ſin autem C. de bon. quæ lib. non colligi hereditati curatorem dari poſſe.

NEC ſanè memini vllo iuris ✝ locô tractari de curatore here- 1
ditati tanquam iacenti dando: quia nec fieri poteſt vt detur, cũ
hereditas ✝ defuncti perſonam repræſentet, non heredis *l. here-* 2
ditas 34. *D. de acquir. rer. dom.* Defuncto autẽ dari curatorẽ ab-
ſurdum eſſet. Nã & inde fit vt hereditati ✝ furtũ fieri nequeat, 3

4 imò ne quidem rei hereditarię,† niſi aut commodata fuerit,aut in pignus vel
vſumfr.data,ideóq; neceſſaria fuit actio expilatæ heredit. *l. 1.& tot. tit. D. ex-
pil. hered. l. hereditaria 98. cum duab. ſeq.* D. *de furt.* quia ei qui in rerum natura
amplius nō eſt furtū fieri nō poteſt. *Adde aliā rationē perelegantē & apertio-*
5 *rē ex l. 1. §. Scæuola. D. ſi is qui teſt. lib. eſſ. iuſſ.* Quòd ſi curatoris † datio neceſſa-
ria ſit vt nō tā perſonæ quàm bonis cōſulatur, quid obſecro attinet curatorē
hereditati iacēti dari;An non ſatis & æque conſultum eſt,ſi bonis detur? An
ergo de verbis tātùm,non etiam de re ipſa & rei effectu diſputamus?Imò ve-
rò de iure & ipſiſsima iuris ratione. Eſt enim ſanè à iuris ratione & regulis
omnino alienum, vt curator iacenti hereditati detur, tantóque minùs per-
mittendum eſt pragmaticis vt iure abutantur, quanto minùs neceſſe eſt,cùm
curatore bonis dato,quod fieri iure poteſt & debet,idem effectus futurus ſit.
6 Natus autem ex eo error eſt,quòd pragmatici † *hereditatis* & *bonorum* appel-
lationē promiſcuam fecerunt,cùm tamen valdè referat an de hereditate, an
7 de bonis loquamur. Hereditas nomen † iuris eſt, ibíque etiam eſſe intelligi-
tur vbi bona nulla ſunt, dummodò aliqua eſſe poſsint. Bona autem nulla
ſunt,vbi nihil eſt. Dicuntur enim à beando. Vnde illud etiam euenit vt bona
non dicantur,niſi deducto ære alieno, nam nec illa bona ſunt, quæ plus ha-
bent incommodi quàm commodi. Hereditas contrà dicitur etiam illa quæ
ære alieno tota non modò obruta,ſed etiam exhauſta eſt. Hereditas perſonā
defuncti repræſentat,bona nō repræſentant. Quid ſi addam quod magis no-
8 uum, nec tamen minùs verum fuerit hereditatem † deſinere eſſe hereditatē
ex quo certum eſſe incipit neminem aut ex teſtamento aut ab inteſtato here-
dem fore?Cùm enim,vt ſuperiore capite docuimus,hereditas inducta ſit po-
teſtate legis propter heredem, indéque fiat vt qui heredem habere non po-
teſt,nec hereditatem quoque habere poſsit, vt contingit in filiofamilias &
aliis eiuſmodi quàmplurimis perſonis: An non prorſus conſequēs eſt vt he-
reditas quæ aliquando fuit,eſſe deſinat vbi ſpes deficit habendi heredis?Quis
enim putet hereditatem à iure induci vt perpetuò iaceat? Admitto poſſe he-
reditatem eſſe ſine herede,ſed non ſine alicuius heredis habendi facultate: i-
deóque nimirum mortuo aliquo ſine herede dicimus fieri bona vacantia &
ad fiſcum,non hereditario aut ſucceſſorio, ſed ſingulari quodam iure deuol-
ui,quod falſum eſſet ſi qua hereditas maneret. Nam hereditas repræſentaret
perſonam defuncti, vel ob hoc ipſum ne bona videri poſſent vacantia, quæ
eſſent hereditaria. Atqui filiofamiliâs eodémque ſuo herede ſe abſtinente,ſi
vulgaris ſubſtitutus nullus ſit, conſtat heredem ab inteſtato aliū eſſe nullum
8 poſſe,ſi inſpicias iuris veteris rationē quæ nō patiebatur † vt in ſuis eſſet ſuc-
ceſsio *l. 1. §. ſciendum. De ſuis & legit.* at ne quidem in agnatis *§. placebat. Inſti.
de legit. agnat. ſucceſſ.* Nec quod ex ſucceſſorio prætoris edicto aliud ſit ad rem
facit. Prætor enim ſicut heredē facere non potuit,ita nec hereditatem,aut cō-
ſtituere,aut à iure conſtitutam inuita iuris ratione retinere, ſed etſi aliqua ex
parte à Iuſtiniano id immutatum eſt *d. §. placebat*, tamen ſi quod plerunque
euenit, nemo reperiatur qui damnoſam patris hereditatem à qua ſuus heres
abſtinuit agnoſcere velit,idem contingere neceſſe eſt vt ſine herede paterfa-
miliâs defunctus exiſtimetur. Ergo & ſine hereditate. Proinde fieri nullo-
modo poteſt vt hereditati eius tanquam iacenti curator aliquis detur. Ne-
que verò ſolet poteſtas iuris ſuperuacuam inducere fictionem. Vt autem he-
reditas aliqua ſit,fictio tantùm iuris eſt,quæ porrò ſuperuacua ſit,cùm heres

amplius

ampliùs nullus ſperatur: ſcio placere † Iuſtiniano in *l.vltim.ſin autem, Cod.de bon.quæ liber.* vt in ea ſpecie curator hereditati detur, veneórque ne vnus ille locus errorem hunc inuexerit. Sed ſi quis benè intueatur, ſcripſit eo loco Tribonianus *hereditatem* impropriè pro eo quod ſcribere debebat *bona*, cùm tractet apertiſſimè de hereditate iam filio acquiſita,& hoc ipſo agnita quòd curatoré petat ille dari bonis quæ pater noluit adminiſtrare. Hereditas enim eſſe deſinit, vt in ſuperioribus dictum eſt, ex quo adita fuit. Idque apparet ſatis ex verbis illis præcedentibus, ſin autem patre recuſante filius adire maluerit, damus quidem licentiam & hoc facere. Itaque quod ſequitur, nolente autem patre res filij gubernare, neceſſario accipiendum eſt de rebus hereditariis ipſi filio iam per aditionem acquiſitis, quas ideò res filij lex vocat.

ERROR QVARTVS.

De herede ſiue ſuo, ſiue extraneo qui reſpondit ſe heredem non eſſe.

SVMMARIA.

1 *Heres ſiue ſuus, ſiue extraneus, qui reſpondit ſe heredem non eſſe cur non ſatis apertè pragmaticis videatur reſpondiſſe.*

2 *In extraneo obtinere pragmaticorum ſententiam, non verò in ſuo herede.*

3 *Abſtentio ſui heredis quid ſit.*

4 *Vnde natus ſit pragmaticorum error.*

RECTE nec inſubtiliter † à pragmaticis obſeruatum eſt here- 1 dem ſiue inſtitutum ſiue legitimum, qui aut à ſubſtituto aut à proximo vel ſequentis gradus agnato, aut etiam à creditore hereditario interrogatus, an hereditatem ſibi delatam agnoſcere velit néc ne, reſpondit ſe heredem non eſſe, non ſatis apertè videri reſpondiſſe. Nón enim conſtare poteſt ex ea reſponſione an reſpuat hereditatem, cùm is quí etiam poſt delationem negat ſe heredem eſſe non eo minus fieri heres poſſit adeundo, quandiu non repudiauit. Vtrumque ſiquidem verum eſt,& heredem eum non eſſe, quia nondum adiit, & tamen heredem eſſe poſſe, quia nondum repudiauit. Præciſè igitur cogendus eſt vt hereditatem aut agnoſcat aut repudiet, cùm deliberare vel non vult, aut non poteſt, iam fortaſſis excluſus tempore ab implorando iure deliberandi. Sed in eo tamen pragmatici errant omnes, quòd non diſtinguunt ſuum heredem ab extraneo. Nam † in extraneo quidem hoc obti- 2 net, quod diximus, quia is priuſquam hereditatem ſibi delatam adeat, nullomodo heres eſt, licèt eſſe poſſit. Suus autē heres ipſo iure heres eſt & neceſſarius, non modò ante abſtentionem licèt ſaluum habeat beneficium abſtentionis *l.1.§.qui ſunt in poteſtate.D.ſi quis omiſſ.cauſſ.teſtam.* Sed etiam poſt abſtentione n *l.cùm quaſi 30.§.ſed etſi ſuus.D.de fideicōmiſſ.libert.* quamuis hoc caſu heredis loco non habeatur à prætore *l.ſi filius, qui abſtinuit 12. D. de interrogat.in iur.faciend.* Inde namque fit vt reſpondens ſe heredem non eſſe, ſatis declaret implorare ſe beneficium abſtentionis, vtpote ſine quo fieri nequit, vt non ſit heres, qui iam vel inuitus heres eſt. Quid enim aliud eſt ab-

3 ſtétio † niſi declaratio ſui heredis,quòd nolit ſe haberi pro herede nec mer-
gi oneribus hereditariis? Igitur abſtentio ex eiuſmodi reſponſione rectiſſi-
mè inducetur,nec arctandus erit ſuus heres vt vel aptiùs vel apertiùs reſpon
deat,ſicut nec audiendus ſi eam hereditatem velit poſteà ſibi quæſitam quaſi
nunquam fuerit abſtentus, ſi modò neque fauor ætatis,neque auxilium re-
ſtitutionis patrocinetur. Secundùm eam diſtinctionem quæ à Caio tradita
4 eſt in *l.neceſſariis* 57. *D.de acquir.hered.* Natus autē eſt error † hic pragmati-
corum ex eo,quòd exiſtimant poſt inductum indultúmque à prætore bene-
ficium abſtentionis, perinde neceſſariam eſſe in ſuo herede immixtionem,
atque aditio in extraneo neceſſaria eſt ad acquirendam hereditatem. Quod
tamen falſum eſſe apparet ex ſupradictis legibus aliiſque innumeris quæ in
hanc rem cumulari poſſent.

ERROR QVINTVS.

De ſuo herede,qui poſteaquàm ſe tutore autore immiſcuit, vult abſtinere.

SVMMARIA.

1 *Cùm de ſui heredis abſtentione quæritur, impubes à pubere ſeparandus eſt,itémque minor à maiore.*

2 *Beneficium abſtentionis à prætore datum eſt impuberibus etiam ſi ſe immiſcuerint, & quidem citra opem reſtitutionis in integrum.*

3 *Puberibus datum eſt beneficium abſtentionis ſi ſe non immiſcuerint, at poſt immixtionem indigent reſtitutione in integrum.*

4 *Nihil intereſt an ſuus heres ſe immiſcuerit tutore autore, an ſine tutoris autoritate.*

5 *Hereditatem extranei non aliter poteſt pupillus ſibi acquirere, quàm ſi tutore auctore vel adeat vel pro herede gerat.*

6 *Ratio ſuperioris pronuntiati.*

7 *Tutor non poteſt pupilli nomine aut adire aut pro herede gerere.*

8 *Pater ex Iuſtiniani conſtitutione infantis ſui nomine delatam hereditatem adire poteſt.*

6 *Item curator furioſi delatam furioſo hereditatem.*

10 *An pupillus qui ſe immiſcuit paternæ hereditati tutore autore,poſſit eodem autore ſe abſtinere.*

11 *Pragmaticorum ſententia negans, & eorundem rationes.*

12 *Contraria auctoris ſententia & eiuſdem confirmatio.*

13 *Rem aliter ſe habere ſi extranei hereditas pupillo delata ſit.*

1 CVM de ſui † heredis abſtentione quæritur, impubes à pu-
bere ſeparadus eſt, itémque minor annis vigintiquinque ab
eo qui ſuæ & legitimæ ætatis eſt. Conſtat enim beneficium
2 †abſtētionis à prætore datum eſſe impuberibus,non modò ſi
ſe non immiſcuerint,ſed etiam ſi ſe immiſcuerint,& quidem
3 citra opem & auxilium in integrum reſtitutionis: Puberibus † verò non a-
liter quàm ſi ſe nō immiſcuerint,niſi quòd etiā poſt immixtionē dat iis præ-
tor reſtitutionē ex generali edicto,De minorib.vt poſsint abſtinere ſi minor
ætas patrocinetur.*l.neceſſarij* 57.*D.de acq.her.* Sed & illud ſciēdū eſt,nihil in-
4 tereſſe†an ſuus heres ſe immiſeuerit tutore autore,an ſine tutoris autoritate.
Nā ſicuti etiā citra immixtionē ſuus heres eſt & neceſſarius,vt diſputauimus
in ſuperiorib.ita ſe immiſcēs non eo minùs videri heres poteſt,ꝙ ſine tuto-
ris autoritate ſe immiſcuerit. Ecōtrario ſicut immixtio facere nō pōt quan-
tulibet ſollennis,vt ſuo heredi impuberi ſaluū nō ſit beneficiū abſtētionis:ita
nec

nec interueniens tutoris autoritas inducere debet vt beneficio illo priuan-
dus videatur. In cæteris †hereditatibus quæ pupillo tutorem habenti deferun- 5
tur, non idem eſt. Non enim aliter ſibi eas acquirere pupillus poteſt, quàm ſi
tutore autore vel adeat quando fari poteſt, & cum cretione heres inſtitutus
eſt, vel pro herede gerat, *l. pupillus* 9. D. vbi ratio †redditur, quoniam here- 6
ditatis acquiſitio heredem obligat ex quaſi contractu creditoribus omnibus
& legatariis. Pupillus autem ſine tutoris autoritate nec contrahere, nec o-
bligari vllo modo poteſt? Adeundo verò, aut pro herede gerendo multo mi-
nùs, quia nec adeundæ hereditatis cauſſam intelligit, nec proinde adeundi
facultatem habet, cùm ad acquirendā hereditatē illud precipuè requiratur, vt
quiſquis heres fieri vult, & ius & cauſſam acquirendæ hereditatis intelligat.
l. ſi is ad quem 22. *& paſſ. eod.* Cæterùm interueniente tutore, non tutor †pupil- 7
li nomine aut adire aut pro herede gerere poteſt, ſed pupillus ipſe aut adire
aut pro herede gerere debet, tutore ſuo autore. Perſonale namque factum re-
quiritur illius qui heres fit, vt ipſe non alius pro eo adeat vel pro herede ge-
rat, faciliúſq; lex putauit vt iudiciū & volūtas pupilli, quàm vt factū ipſius per
tutorē ſuppleatur. Soli patri †datū eſt à Iuſtiniano cōtra iuris veteris rationē, 8
vt infantis ſui nomine delatā hereditatē adire poſſit, in eóq; plus iuris habeat
quàm tutor, quia & plus quàm tutor eſt *l. ſi infanti* 18. *C. de iur. del.* Itē †cura- 9
tori furioſi delatā furioſo ſucceſſionē poſſit ipſe furioſi nomine acquirere, *l.
vl. C. de cur. fur.* Finge igitur pupillū ſe immiſcuiſſe †paternæ hereditati, tutore 10
autore, An eodē tutore autore poterit ſe abſtinere? Pragmatici † negāt, nō illa 11
ſolū ratione, quòd abſurdū videatur, tutorē qui pupillo autor fuit ſe immiſcē-
di, eundē autorē eſſe abſtinēdi, ſed etiā quòd interueniens tutoris autoritas fa-
cere videatur vt pupillus adeūdo, vel pro herede gerēdo ſollenniter obligetur
ex quaſi contractu, proinde indigeat auxilio reſtitutionis, ſicut & ſi quo alio
contractus genere contraxiſſet tutore autore: Nemo enim dubitat quin pu-
pillus ex omnibus cauſſis vtiliter & efficaciter obligetur ſi tutoris autoritas
accedat, ſalua ei in integrum reſtitutione ſi læſus probetur *l. 1. & tot. tit. l. ſi tu-
tor vel curat. interuen.* At ego †contrà puto, quia cùm pupillus paternæ heredi- 12
tati ſe immiſcet, non ſe obligat per immixtionem eùm iam ſatis ſupérque o-
bligatus ſit iure ciuili hoc ipſo, quod & ſuus heres eſt & neceſſarius, ſed tan-
tùm declarat velle ſe vti iure ſuo, ſibíque quæſitam hereditatem retinere. Quę
res cùm nullam creditoribus & legatariis nouā in eum det actionē, nulla quo-
q; iis fit iniuria ſi prętor ętatis fauore ſaluā nihilominus pupillo relinquat ab-
ſtinendi facultatem. Idē enim ius illorum manet, quod haberēt ſi pupillus ſe
non immiſcuiſſet. In eámq; rem textus ſunt apertiſſimi in *l. pen. D. de conſen. &
aut. tut. l. ex contr. actu.* 44. *de re iudic.* Aliud ſanè eſt, ſi extranei, id eſt alterius
quā patris hereditas pupillo delata ſit. Tūc. n. ſi ſemel ille adierit tutore auto-
re, nō admittēdas ad eā repudiādā ſiue eodē ſiue alio tutore autore, niſi per in
integrū reſtitutionē, quia cùm ſe adeūdo obligauerit fieret iniuria creditorib'
& legatariis ſi ab ea obligatione quā ſpōte cōtraxiſſet, iis inuitis eximeretur.

ERROR SEXTVS

De differentia ſui heredis & extranei in agnoſcenda hereditate.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia pragmaticorum erronea non magis poteſt ſuus heres hodie heres eſſe citra*

immixtionem, quàm extraneus citra aditionem.

2 *heres extraneus qui ante aditionem hereditarium aliquid ſubripit non idcirco fit heres, contra pragmaticos.*

3 *Heres ſuus qui hereditarium aliquid ſubripit, licet non fiat ex eo heres, ſibi tamen eo ipſe eripit beneficium abſtinendi, quia ſe immiſcet.*

4 *Quid ſit hereditati paternæ ſe immiſcere.*

5 *Facilius inducitur hereditatis immixtio, quàm aditio.*

6 *Semel repudiata hereditas non magis adiri poteſt, quàm adita repudiari.*

7 *Quandiu res integra eſt, nec diſtracta ſunt bona hereditaria, liberum eſt ſuo heredi vt etiam poſt abſtentionem ſe immiſceat.*

8 *Idē obtinet ex Iuſtiniani cōſtitutione, diſtractis etiā rebus hereditarijs, & quidē ad trienniū.*

9 *An aditio hereditatis praſumēda ſit ex eo quod heres ante declaratam voluntatem creditoribus hereditarijs ſoluit, aut rem hereditariam vendidit.*

10 *In extraneo herede non poſſe inde inferri hereditatis aditionem.*

11 *Secus in ſuo herede.*

PENDET etiā hic error ex ſuperioribus. Is enim perpetuus pragma-
ticorū lapſus eſt, quòd nullā inter ſuū heredē & extraneū differentiā
conſtituūt, exiſtimātes edicto prætoris quod ſuis heredibus abſtinē-
di beneficiū dedit, factū eſſe vt nō magis† poſſit ſuus heres hodie he-
1 res eſſe citra immixtionē, quàm extraneus citra aditionē: vtque eadem in v-
troq; ratio ſit adquirendæ hereditatis. Quod certè nō ita eſt. Nā ſi extraneus†
2 cui ſiue ex teſtamēto ſiue ab inteſtato delata eſt hereditas ante aditionē heredi-
tariū aliquid ſubripuerit, placet nō idcirco fieri eū heredē quia admiſſū cōtra-
riā volūtatē declarat, inquit *l. ſi quis 21. D. de acq. her.* Id eſt quia ex qualitate facti
apparet nō eo animo attigiſſe illū res hereditarias vt heres fieret, ſed potiùs è
cōtrario quòd heres eſſe nollet. Cùm ſi voluiſſet vtiq; pro ſuo iure vniuerſas
res hereditarias tāquā ſuas cōtrectare, déq; iis pro arbitrio ſtatuere potuiſſet,
neq; cōſiliū expilandæ hereditatis inire debuiſſet. In quo ipſo etiā pragmatici
pleriq; errāt: putant enim ſtatim atq; is cui delata eſt hereditas, attingit vel mi-
nimū quid hereditariū, licet animo expilādæ hereditatis & furti faciēdi (ſi rei
hereditariæ furtū fieri poſſet) videri eū hereditatē adiiſſe, & omnimodo habē-
dū pro herede quaſi qui pro herede geſſerit, & id fecerit quod fieri nō potuit
citra ius & nomē heredis: quod pugnat manifeſtè cum *d. l ſi quis*. At ſi ſuus †
3 heres idem fecerit, id eſt hereditariū aliquid cōtrectauerit etiā animo ſubripiē-
di & furādi, nō fit quidē ex eo heres qui iā inde ab initio heres fuit & ſuus ne-
ceſſarius, ſed tamē ſe obligat hactenus vt abſtinēdi beneficiū ſibi eripiat, quia
ſe immiſcet. Quid enī aliud eſt paternę hereditati † ſe immiſcere quā ex paterna
4 hereditate aliquid vel minimū attingere? Faciliùs quippe inducitur hereditatis
5 † immixtio quàm aditio: quia minoris momēti eſt cū nō tā heredē faciat, quā
declaret volūtatē eius qui iā heres eſt, quòd nō inuit⁹ heres ſit. Atqui, inquies,
volūtas heredis ſui perinde requiritur ad inducēdā immixtionem, atq; extra-
nei ad adeūdum. Fateor, ſed dico ſui heredis qui res hereditarias contrectat &
expilat, volūtatē illā eſſe nō poſſe vt fur potiùs quàm heres fiat, quia cū iā ipſo
iure heres ſit, furtū ſibi ipſi facere nullomodo poteſt, nec ſi velit. Cōſequēs i-
gitur eſt vt hoc ipſo ſe immiſceat, atque ita beneficiū abſtinēdi amittat, niſi is
ſit cui prætor etiā poſt immixtionem id beneficij ſaluū eſſe velit, id eſt intra
pupillares annos cōſtitutus. *l. neceſſarijs. 57. D. de acq. her.* Ex cōtrario finge he-
redē extraneū poſt repudiatā hereditatē nō modò cōtrectaſſe res hereditarias,
ſed etiā aliquid feciſſe quod fieri minimè potuerit citra ius & nomē heredis,
an idcirco hereditati tāquā heres obligabitur? Nequaquā: quia nec in ei⁹ pote-
ſtate eſt, vt fiat heres poſteaquā repudiauit hereditatē, cùm ſemel repudiata he
reditas nō magis adiri poſſit, quàm adita repudiari, *l. C. ſicut de repu. vel abſt. her.*
Et tamē ſi poneres ſuū heredē etiā poſt abſtentionē idipſū feciſſe dubitari nō
oporteret quin actio in eū quaſi heredē ex ea cauſſa dari deberet creditorib⁹ &

ſegatariis omnib'. Quia nimirũ etiã poſt abſtẽtionẽ reuera & ipſo iure heres
manet. *l. cũ quaſi 30. §. ſed etſi ſuus.* D. *de fid. lib.* nec per ſubſequẽtẽ immixtionẽ
fit heres, ſed preteritæ abſtẽtionis fructũ & cõmodũ amittit, vt à prętore he-
redis loco habeatur qui & inuitus, & inuito etiã prætore heres eſt. Quãdiu .n.
res integra eſt, nec diſtracta ſũt bona hereditaria, liberũ & integrũ eſt filio ſuo
heredi vt etiã poſt aditionẽ ſe immiſceat, *l. ſi quis ſuus* 8. *D. de iur. delib.* Quid-
ni verò? cũ neq; iuris ratio repugnet, quæ ex contrario potiùs fauet, neq; iniu-
ria vlla fiat creditoribus & legatariis, quorũ intereſt potiùs heredẽ aliquẽ & 8
eſſe & haberi quẽ cõuenire poſſint, quã extare neminẽ qui à prætore heredis
loco habeatur. Sed & aliquãdo euenit vt etiã diſtractis † iã rebus hereditariis,
ac proinde eo tẽpore quo iã incipit emptorũ intereſſe, ſaluũ nihilominùs ſit
ſuo heredi ius illud ſe immiſcẽdi, tametſi maior fuerit annis vigintiquinq;,
neq; e ad trienniũ vſque ex Iuſtiniani conſtitutione in *l. vlt.* C. *de repud. vel abſt.*
hered. nihil .n. facilius eſt quã vt vnaquæq; res ad ſuã redeat naturã, *l. ſi vnus* 27.
§ pactus ne peteret. in fin. D. de pact.. Quãquã in propoſito nõ tã redit res ad
ſuã naturã quã in ſua natura cõſeruatur, ſiquidẽ, vt dixi, per ſubſequẽtẽ illã
immixtionẽ nõ fit iterũ heres qui iã eſſe deſierat; quod fieri nullomodo poſ-
ſet, at heredis loco tantũ habetur qui reuera ſemper heres mãſerat. Itẽ tra-
ctari poteſt ſi heres ante declaratã volũtatẽ de hereditate vel agnoſcẽda vel 9
reſpuẽda creditorib' hereditariis ſoluerit, aut rẽ hereditariã vẽdiderit. Nã in
extraneo † herede dicim' nõ poſſe ex huiuſmodi actionib' inferri aditionẽ he-
reditatis, quia poſsũt ea omnia fieri citra ius & nomẽ heredis, cùm & alienã rẽ 10
vẽdere quis poſſit, *l. rẽ alienã* 28. D. *de contr. empt.* & quod al.' debet pro eo nõ
ſolum ignorante, ſed etiam inuito ſoluere *l. ſoluendo* 39. D. *de negot. geſt.* At in
ſuo † herede aliud iuris eſt *l. 2.* C. *de iur. delib.* quoniã cùm iam ſit ipſo iure heres 11
citra immixtionẽ, non poteſt videri rẽ alienã vẽdidiſſe, aut pro alio ſoluiſſe,
qui rẽ hereditariã vẽdidit, aut debitũ hereditariũ perſoluit, ſed ſuũ omnimo-
do negotium geſſiſſe credendus eſt, & paternę hereditati ſe immiſcuiſſe, adeò
vt nec voluntatis quæſtio vlla relinquatur, an animo ſe immiſcẽdi id fecerit,
nécne, quia quod heres eſt & pro herede habetur, non ex ipſius volũtate pro-
ficiſcitur, ſed ex iure ciuili quod eum facit & ſuum heredem & neceſſarium;
itémque ex iuriſdictione prætoris, qui non aliter aſperitatem illam iuris ci-
uilis temperat indulto beneficio abſtinẽdi quàm ſi ſuus heres ſe non immiſ-
cuerit. Se autem immiſcet, non is tantùm qui facit quod citra ius & nomen
heredis fieri non potuit, ſed ille etiam qui vel hereditarium quidpiam attin-
git, vel quo alio modo verſatur circa hereditatem.

ERROR SEPTIMVS.

De eo qui agit tanquam heres cum beneficio legis & inuentarij nec inuentarium exhibet.

SVMMARIA.

1 Qui ſe heredẽ dicit cũ beneficio inuentarij ſi agens aut excipiens vrgeatur ab aduerſario vt inuentarium exhibeat, an ſit audiendus ſi inuentarium exhibere nolit.

2 Pragmaticorum ſententia affirmans.

3 Affirmantis ſententiæ ratio.

4 In oppoſitũ autoris diſſertatio eo nixa quòd intereſt eius qui conuenitur ne cõueniatur, ſi qua exceptione id aſſequi poſſit.

5 Productio ſententiæ autoris.

6 De viribus actionis prius quæri oportet, quàm de viribus exceptionis.

7 Poſſeſſio etiã vitioſa prodeſt aduerſus extraneos.

8 Quiſquis agit tanquam talis ante omnia ſe debet probare talem.

Digitized by Google

ERRORVM omnium quos pragmatici inuexerunt his vnus mi-
hi ſemper probabiliſſimus viſus fuit. Sed quantumlibet proba-
1 bilis ſit, tamen error eſt. Si is † qui ſe heredem dicit cum benefi-
cio legis & inuentarij, & eo iure agens ſiue contra debitorem
hereditarium ſiue aduerſus eum, qui aliquid ex hereditate poſſidet, vrgeatur
ab aduerſario vt inuentarium exhibeat, nec exhibere velit, quæri ſolet an ſit
audiendus. Nec fere quiſquam eſt ex pragmaticis † qui non ſentiat audiri eum
2 debere, neque iuſtam reo exceptionem competere ob id quod inuentarium
3 non exhibeatur. Mouentur † ex eo quod heredis inuẽtarium non exhibentis
pœna alia grauior eſſe non poteſt quàm vt eius inuentarij beneficio & com-
modo priuetur: quod admiſſo relinquitur vt purè, abſolutè & ſine adiectio-
ne heres ſit, qui ſe anteà non niſi cum beneficio legis ac inuentarij heredem
eſſe dicebat. Atqui nihil ea res cum iure actionis commune habet. Non e-
nim eo minùs parata eſt heredi actio cõtra debitores hereditarios, aut rerum
hereditariarum poſſeſſores, quòd purè & abſolutè ſit heres. Quinimò tanto
paratior, quanto difficilius eſt vt rei qui ſimpliciter & purè heres eſt, exce-
ptio aliqua ex propria ipſius perſona obiiciatur. Proinde nihil intereſt eius
qui conuenitur, an inuentarium exhibeatur néene, cùm vtroque caſu futurum
ſit vt perinde teneri debeat & condemnari. Sicut autem nemo ad agendum
admittitur, cuius non aliqua ex parte interſit, ita neque ad excipiendum, quã-
doquidem & actiones & exceptiones omnes in id comparatæ ſunt vt vnuſ-
quiſque id quod ſua intereſt conſequatur ſiue petendo ſiue retinendo *l.3.l.ſti-
pulatio iſta 38.§.alter. De verbor. obligat. l.ille à quo 13.§.ſi de teſtamento. D. ad
S.C.Trebellia.* Nec ſanè ſpecioſius, & vt iam dixi, prima viſione probabilius
quicquam dici poteſt. Sed tamen ſi propiùs intueare, non habet hæc ſententia
† rationem. Neque enim negari poteſt quin eius qui conuenitur interſit
4 quàm maximè ne vllo modo conueniatur ſi qua exceptione id aſſequi poſ-
ſit. Fieri autem facilè poteſt, vt is qui agit tanquam heres cum beneficio legis
& inuentarii malit inſtitutam actionem omittere quàm fateri ſe purè & ab-
ſolutè heredem. Quid enim ſi hereditas euidenter damnoſa vel ſuſpecta ſit?
Quid ſi is ipſe qui conuenitur ſit ex creditoribus aut legatariis cuius interſit
aliquem eſſe heredem, quem in ſolidum conuenire poſſit? Cur non cogemus
actorem vt vel inuentarium exhibeat, vel inuentarij beneficium abii-
ciat, agátque tanquam heres purè & abſolutè? Nam ſi declaret ſe age-
re quaſi purè & ſimpliciter heredem, nemo vtique dubitat, quin co-
gendus non ſit exhibere inuentarium, licèt ab initio egerit tanquam heres cũ
beneficio inuentarii, quia non exhibiti inuentarii pœnam tantam patitur,
quantam pati poteſt. Sed ſi ex aduerſo malit actionem amittere quàm inuen-
tarii beneficium, quod obtendit reſpuere, non eſt ei permittendum,
vt agat tanquam heres ex beneficio inuentarii, quod exhibere nolit.
5 Nec diſtinguemus † an is qui conuenitur ſit ex creditoribus aut lega-
tariis, néene. Nam etiamſi ex eo numero non ſit, tamen qua parte reus
eſt, ipſius intereſt repelli actorem quomodocunque, & ab actione inſtituen-
da, vel inſtituta proſequenda metu onerum hereditariorum deterreri. Dices
fortaſſe non eſſe illam probabilem concedendæ huiuſmodi exceptionis ratio-
nem, cùm is qui conuenitur, reuera debitor hereditarius eſt, nec negat ſe
debere: quid enim eius intereſt an ei ſoluat qui purè & abſolutè heres ſit,
an ei qui cum beneficio inuentarij, cùm vtroque caſu futurum ſit vt ſoluen-

do,

do ſe liberet extinguátque obligationem? Sed reſpondeo poſſe etiam ex a-
lia cauſſa ipſius intereſſe, non ob id ſolùm ne tam citò conueniatur, ſed ob
id etiam quòd herede ipſo ſummoto hereditas competitura ſit alteri, qui
fortaſſis aut amicior erit, aut liberalior, minúſque durus & oneroſus credi-
tor, quàm hic qui iam vrget ſolutionem. Quanquam nec quærendum eſt de
iure rei, hoc eſt an verus debitor iuſtúſve poſſeſſor ſit, & an illius vllomodo
interſit, necne, priuſquàm quæſitum ſit & conſtiterit de iure actoris: cùm
anteà de viribus actionis quæri oporteat, deinde de viribus exceptionis. Cę- 6
teris namque paribus, id eſt, ſi is qui nullo iure excipit, nullo iure conue-
niatur, abſoluendus eſt. In eóque nimirum duriores ſunt partes actoris quàm
rei qui poſſidet, *§. commodum. Inſt. de interd.* ſicut & fauorabiliorem eſſe di-
cimus cauſſam debitorum, quàm creditorum *l. Arrianus* 41. D. *de oblig. &*
act. l. fauorabiliores 125 *de regul. iuris.* Et id eſt quòd dici ſolet poſſeſſionem e- 7
tiam vicioſam prodeſſe aduerſus extraneos *l. vlt. D. de acquir. poſſeſſione.* eos
nimirum qui nullo iure agunt. Deníque generale & perpetuum eſt, vt quiſ-
quis agit tanquam talis, ante omnia ſe debeat probare talem: quoniam ea res 8
non modò ad ius actionis pertinet, ſed etiam ad perſonam actoris. De qua o-
mnino quærendum eſt priuſquàm de iure actionis aut de viribus exceptio-
nis quæri poſſit.

ERROR OCTAVVS.

De ſucceſſorij edicti poteſtate à bonorum poſſeſſionibus ad hereditates translata.

SVMMARIA.

1 *Edictum ſucceſſorium à prætoribus introductum licet æquitate nitatur, tamen à iuris ciuilis ratione alienum eſt.*

2 *Neque in ſuis heredibus neque in agnatis olim iure ciuili erat ſucceſſio.*

3 *Suus heres ſi nollet olim ſuccedere vt ſuus heres, iure ciuili non poterat admitti vt agnatus proximus.*

4 *Edictum ſucceſſorium ad quid & quatenus à pretoribus inductum.*

5 *Mirabilis error pragmaticorum ſucceſſorium edictum à bonorum poſſeſſionibus ad hereditates transferentium.*

6 *Error alius interpretũ & pragmaticorum,*

7 *Non poteſt admitti ab inteſtato qui iam ex teſtamento heres fuit.*

8 *Per 30. annorum præſcriptionem perimitur non tantùm ius adeundi, ſed etiam ius petendæ hereditatis.*

9 *Obiectio pro ſententia interpretum eo ducta quod ius nondum natum per longiſſimi temporis præſcriptionem perimi non poſſit.*

10 *Solutio obiectionis.*

11 *Si nulla prorſus actio ei competierit aduerſus quem præſcriptio obijcitur, ipſa præſcriptio impeditur: ſecus ſi competierit aliqua, quam non exercuerit, licet alia ſuperueniat poſt impletam præſcriptonem.*

12 *Præſcriptionis ea eſt vis vt potius ſubſequentem impediat actionem, quàm vt proſit ad nouam producendam.*

13 *Præſcriptio temporis non eſt modus tollendæ ipſo iure obligationis, multò minus inducendæ.*

14 *Qui poteſt facere vt actionem habeat pro eo habendus eſt ac ſi iam haberet.*

15 *Sententia l. 1. §. ſed videndum. D. de ſucceſſ. edi. qua abutuntur interpretes & pragmatici.*

16 *Petendæ poſſeſſionis bon. tempora multò ſũt breuiora quàm adeũdæ & petẽdæ hereditatis.*

17 *declaratio l. licet. 8. C. de iur. delib.*

18 *Triccennarium præſcriptionem Anaſtaſius primus induxit.*

19 *Perſonales actiones olim perpetuæ fuerunt, pretorijs exceptis.*

20 *Quæ actiones perpetuæ hodie dicantur.*

21 *Imperitè facere pragmaticos qui in L. ſicut 3. C. de præſ. 30. vel 40. ann. nõ ſeparãt ius petẽdæ hereditatis à iure adeũdi, ſeu ſe immiſcẽdi.*

22 *Vis adeundi ſicut & hereditatem petendi ante Anaſtaſii conſtitutionem fuit perpetuum.*

23 *Edictũ de iure deliberãdi cur introductũ*

24 *Edictum ſucceſſorium pertinet ad bonorum poſſeſſiones. edictum verò de iure deliberandi ad hereditates.*

25 *Bonorum poſſeſſiones intra quod tempus agnoſcendæ.*

26 *Imperitè & ineptè pragmaticos in ſuis heredibus commiſci ius ſe immiſcendi.*

1 EDICTVM † ſucceſſorium proprium ius olim fuit prætoriæ
iuriſdictionis, ſumma quidem æquitate inductum, ſed tamen à iu-
ris ciuilis ratione omnino alienum. Nam neque in ſuis heredi-
2 bus, † neque in agnatis ius ciuile ſucceſſionem admittebat: *l. g. 1.*
§. ſciendum. D. *de ſuis & legitimis. §. placebat. Inſt. de legit. agnat. ſucc.* atque ita
fiebat vt ſuo herede ſe abſtinente aut proximo agnato repudiante nullus
ſequentium graduum liberis, aut agnatis locus relinqueretur, fierentque
bona vacantia, quaſi tota poteſtate legis duodecim tabularum in primo
ſuorum aut agnatorum gradu conſumpta, propterea quòd non poteſt vi-
deri ſuus heres eſſe qui primum in morientis patris familias gradum eo
tempore non obtinuit, *l. ſcripto* 7. D. *vnde liber.* nec agnato cuilibet lex de-
fert hereditatem, ſed ei tantùm qui delatæ hereditatis tempore proximior
reperiatur. Repudiata autem per agnatum proximum hereditate non
ideo fit vt qui tunc proximior, id eſt, in proximo & ſequenti gradu re-
peritur, iam tum cùm pater familias mortuus eſt, proximior, fuiſſe vi-
3 deatur Multo minus autem patiebatur † ius ciuile, vt ſi ſuus heres eo iure
heres eſſe nollet, poſſet ille ſibi ipſi ſuccedere & admitti tanquam proximus
agnatus: non ſolùm quod cùm iure ciuili ſuus heres eſſet etiam neceſſarius,
facere non poterat quin heres eſſet tanquam ſuus, verùm etiam quia non ali-
ter lex duodecim tabularum deferebat hereditatem agnato proximo, quàm ſi
ſuus heres nullus eſſet. Verba enim legis hæc fuerunt in ſucceſſione inteſtati
inducenda *ſi ſuus heres non erit agnatus proximus familiā habento*: Prætor autem
4 † cùm eam ciuilis ſucceſſionis viam anguſtiorem eſſe videret quàm par eſſet
ad ſucceſſores defunctis inducendos, non tantùm hoc additum voluit in
conſtituendo iure De bonorum poſſeſſionibus, ad inſtar hereditatum, vt poſt
agnatos deferretur poſſeſſio cognatis, & poſt cognatos aliis etiam perſonis
anteà iure ciuili incognitis, ſed etiam vt ij qui tanquam liberi admiterentur
ad bonorum poſſeſſionem, Vnde liberi, ſi ab eo capite eſſent excluſi, poſ-
ſent admitti ex capite, Vnde agnati, ſubinde ex capite, Vnde cognati, ſiue
tempore excluſi eſſent, ſiue repudiatione, *lege 1. §. ſed videndum* D. *de ſuc-*
ceſſ. edict. Hinc verò pragmatici poſt vulgares interpretes, à quibus vt plu-
rimùm decepti ſunt, egregiam errandi occaſionem nacti, miram opinionem
induxerunt, protracto iure Prætorio De bonorum poſſeſſionibus, ad ius ci-
5 uile, cauſámque adquirendæ hereditatis. Sic enim exiſtimant † ſuum heredem
qui patris teſtamento inſtitutus fuit ſi triginta annorum ſpatio excluſus ſit
ab agnoſcenda patris hereditate, poſſe nihilominus ab inteſtato ſuccedere
tanquam ſuum heredem intra alios triginta annos, tum poſt eos triginta an-
nos intra aliud tricennium tanquam agnatum proximum, denique nonagin-
ta illis annis elapſis habere eum alios triginta annos, intra quos eam heredi-
tatem adire poſſit tanquam cognatus. Ita fit vt cùm finis longiſſimæ hominis
vitæ ſit centum annorum, & ex temporibus præſcriptionis tricennariæ ſub-
ducenda ſit tota ætas pupillaris, filius tamen, idémque ſuus heres à patre
ſcriptus annos viginti & centum habeat ad patris hereditatem acquirendam.
Quo quid, obſecro, dici poteſt improbabilius? Dicerem ineptius, niſi, quod
magis miror, eam opinionem in omnibus etiam ſupremis tribunalibus re-
ceptam

ceptá viderẽ. Sic enim teſtatur Andr. Tiraq. Ille verò primus & interpretũ &
pragmaticorũ error eſt, quod tractant de ſuo herede, quaſi non ſit ille heres
patris citra immixtionẽ nec admitti debeat ex teſtamento ſi intra trigeſimũ
annũ ſe nõ immiſcuerit. Nos verò docuimus in ſuperioribus, præſertim in
errorẽ huius Decadis primũ, ſuũ heredẽ, ſi à patre ſit inſtitutus, ſtatim & ipſo
iure heredẽ eſſe ex teſtamento, nec quicquam facere quod ex edicto prætoris
poteſt abſtinere, *l. 1. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſt.* quãdoquidẽ
etiã poſt abſtẽtionẽ nihilominus heres maneret, l. *cùm quaſi. 30. §. ſed & ſi ſuus.
de fideic. libert.* Quòd ſi ſtatim & ipſo iure heres eſt ex teſtamẽto, vt eſt, quis
rogo dubitationi locus relinquitur an poſt trigeſimũ annum admittendus ſit
vt ſe paternæ hereditati immiſceat; Aut quomodo fieri poteſt vt admittatur
vnquam ab inteſtato † ſiue tãquam filius, ſiue tanquam agnatus aut cognatus, 7
qui iam ſemel ex teſtamento heres fuit? Sed etſi non de ſuo herede, at de
agnato proximo tractaremus quem conſtat non fieri heredem citra immix-
tionem, dico ne huic quæſtioni locum poſſe vllum ſupereſſe: quia per trigin-
ta annorum præſcriptionem † non modò ius adeundi perimitur, ſicut & 8
cætera omnia iura, ſed etiam ius ipſum petendæ hereditatis, id eſt actio i-
pſa, quæ petitio hereditatis appellatur *l. ſicut 3. Cod. de præſcript. 30. vel 40.
annor. l. hereditatis 3. Cod. de petit. hered. l. penultim. C. in quib. cauſſ. ceſſ. long.
temp. præſcr.* Itaque ſiue quis petat hereditatem ex teſtamento ſiue ab inte-
ſtato, ſiue quaſi filius, ſiue quaſi agnatus, aut cognatus, cùm eiuſdem heredi-
tatis petitio ſit eadémque actio licèt ex alio atque alio iure, ſummouendus
eſt exceptione & præſcriptione tanti temporis, vt potè quæ non tantum ex-
cludat actionem, ſed etiam dominium, ſaltem vtile, acquirat poſſeſſori, ple-
niſſimamque, vt lex ait, ſecuritatem. Nec obſtabit, ſi quis obiiciat † cum inter 9
pretibus, non poſſe per longiſſimi temporis præſcriptionẽ perimi ius quod
nondum natum eſt: arg. *l. 1. §. vlt. Cod. de annal. except. l. in rebus 30. §. omnis
autem. Co. de iur. dot. Auth. niſi tricennale. Cod. de bon. matern.* Ius autem peten-
dæ hereditatis ab inteſtato non priùs competere quàm excluſa ſit ſucceſſio te-
ſtati, neque rurſus ius ſuccedendi ex capite agnatorum aut cognatorum ante
excluſum ius ſuccedendi ex capite liberorum. Nam reſpondendum † eſt quod 10
iam attigi, eum qui intra primum triconnium non petiit hereditatem quam
potuit petere, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, ex quocumque capi-
te, non ſolum ius adeundi ex eo capite quod competebat amiſiſſe, ſed
etiam ius petendæ hereditatis à poſſeſſore, qui per tanti temporis de-
curſum factus eſt dominus rerum omnium hereditariarum quas poſſedit.
Multum ſiquidem intereſt † an nulla prorſus actio ei competierit ad- 11
uerſus quem præſcriptio ſiue longi ſiue longiſſimi temporis obiicitur,
an verò aliqua competierit, & quidem eiuſmodi quam potuerit exercere,
ſed tamen alia ſubinde nata ſit poſt impletam præſcriptionem. Priore
caſu præſcriptio impeditur, quia fieri nequit vt actio nondum nata perima-
tur, quemadmodum dicemus. Poſteriore verò caſu non poteſt actio ſuperue-
niens impedire præſcriptionem iam completã, & ius ex præſcriptione quæ-
ſitum poſſeſſori auferre: præſertim verò ſi vt in propoſito contingit non ni-
ſi ex ipſa præſcriptione actio naſcatur. Potiùs enim dicẽdum eſt præſcriptio-
nem † facere ne alia vlla actio naſci poſſit, quæ alioqui naſceretur, quàm illud 12
admittendum vt præſcriptio quæ actori nocere debet ad elidendam actionẽ
iam competentem, eidem proſit ad aliam actionẽ producendam: nam ſi præ-

13 ſcriptio†temporis non eſt modus tollendæ ipſo iure obligationis, ſed tātùm per exceptionem *l. obligationum ferè* 44. *§. placet. de oblig. & act.* (quid enim aliud præſcriptio, quàm exceptio eſt?) multo minus erit modus inducendæ: quandoquidem iuris ratio non patitur, vt actio per exceptionem inducatur. Tantóque magis hoc admittendū eſt in eo caſu de quo tractamus, quòd cùm in ſui heredis aut agniti proximi poteſtate fuerit vt ageret, & ſibi delatam ex primo capite hereditatē peteret, adeóq; ſi mallet, repudiaret vt ſequēti ſucceſſionis gradui locum apperiret, videtur ille ius omne ſuccedēdi ex quolibet capite à ſe abdicaſſe, & præſcriptionis periculo addixiſſe. Nā & dici ſolet eum
14 qui†poteſt facere vt actionem habeat, pro eo habendū acſi iam haberet, ne alioqui eueniat, vt quo fuerit negligentior in agendo, aut faciēdo id per quod actionem habere poſſit, eo melioris ſit conditionis, etiā quod ad ipſam tēporis præſcriptionē attinet, quod tamen abſurdum ſanè fuerit & intolerabile. Vnus omnino iuris locus eſt qui interpretes & pragmaticos fefellit vt cōtra-
15 riā ſententiā inuexerint. Is†eſt in *d. l.* 1. *§. ſed videndum. D. de ſucceſſ. edict.* Sed apertiſſima & in promptu reſponſio eſt, tractari eo loco de ſucceſſorio edicto quod ad bonorum poſſeſſiones tātùm pertinet, nō etiā quod ad hereditates. Nam ſicut prætor non potuit facere heredē, ita nec edicto vllo vis ſucceſſionis inducere inter ſuos heredes & agnatos. Multo igitur minùs licere debuit interpretibus id facere in edicti prætorij interpretatione, quod nec ipſe prætor tametſi maximè voluiſſet, facere potuiſſet. Et ſanè quàm longè diſtet hac parte hereditas à bonorum poſſeſſione, intelligi poteſt ex ea ipſa ratione quæ ſucceſſoriū edictum induxit. Sic enim Vlpianus præfatur in *l.* 1. *De ſucceſſ. edict.* non aliam ob cauſam edictum illud comparatum eſſe quàm vti ne bona diutiùs vacantia iacerent, & vt ſcirent creditores cum quo congredi poſſent. Quid autem huic tam bono prætoris propoſito tam contrariū excogitari poteſt, quàm ſi inducatur vt hereditas per cētū & vigenti annos iaceat? An non id fuerit prorſus alienū à mēte prætoris? Nimirum petendæ poſſeſſionis
16 tempora†multo breuiora & anguſtiora ſunt quàm adeundæ & petēdæ hereditatis: cùm extra cauſſam liberorū qua parte vocātur Vnde liberi intra annū in honorē ſanguinis, non niſi cētū dies petēdæ bonorū poſſeſſionis à prætore præſtituti ſint *d. l.* 1. *§. largiùs. & paſſ.* D. *de ſucceſſ. edict.* Ius autē adeundæ aut poſt aditionē petendæ hereditatis non niſi tricennio finiatur. Mala igitur cōſecutio eſt à bonorū poſſeſſionibus ad hereditates, à cētū diebus ad triginta annos à trecētis diebus ad annos nonaginta. Nā nec lōgi tēporis præſcriptio vlla tueri poteſt eū qui bona poſſidet cùm bonorū poſſeſſio intra breuius tēpus petēda ſit quā ꝙ præſcriptioni ſufficere poſſit etiam cùm petitur ex vltima parte edicti: Quod non ſimiliter contingit cùm hereditas petitur poſt trigeſimū annū. Sūt etiā†qui pro communi errore obiiciāt quod ſcriptū eſt
17 in *l. licet* 8. *C. de iur. delib.* ſuos heredes licèt incontinēti non ſe immiſcuerint paternæ hereditati tamē lōgi temporis præſcriptione ab ea petēda nō arceri. Ex quo inferūt ius ſe immiſcēdi ſicut & adeūdi quod longi tēporis præſcriptione non perimitur, triginta ſaltem annis finiri. Sed faciunt imperitè qui non animaduertunt non poſſe huic collectioni locum eſſe, quia quo tempore lex illa lata eſt, nulluſdum tricēnariæ præſcriptioni locus erat, vt pote quā
18 Anaſtaſius†primus induxit in *d. l. ſicut* 3. *C. de præſcr.* 30. *vel* 40. *annor.* Qui etiā vulgaris noſtrorum omnium error eſt, exiſtimantium petitionem hereditatis finiri ſpacio triginta annorum ob id ſolùm quod ſcriptū ſit in *d. l.* 7. *C. de* *petit.*

Digitized by Google

petit.hered. & in *d.l.penult. C.in quib.cauſ.ceſſ.long.temp.præſcript.* non finiri eam decennio vel vicennio. Idcirco enim longi temporis mētio iis locis facta eſt quod nulla tum præſcriptio alia quàm longi tēporis in vſu eſſet, quæ porrò non niſi ad actiones in rē pertinebat,non etiam ad perſonales,in quarum numero hæc nō erat,cùm eſſet potiùs mixta,vt loquuntur, id eſt directa in perſonam licet in rem ſcripta.Perſonales† enim actiones perpetuæ fuerunt 19 ſi eas excipias quæ ex edicto prætoris ſumpſerūt originē quæ fuerunt maiori ex parte annales,vnde *tit.De perpet.& tempor.action.apud Iuſtin.*Hodie† verò 20 poſt Anaſtaſij conſtitutionem perpetuas illas actiones dicimus, quæ triginta demum aut etiam quadraginta annis excluduntur. Faciunt † etiam imperitè 21 pragmatici, qui in *d. l. ſicut.* non ſeparant ius petendæ hereditatis à iure adeundi,aut, vt illi vocant,ſe immiſcendi. Nam ius petendæ hereditatis de quo illa lege agitur, non competit niſi ex quo hereditas adita eſt, quando is denique petere hereditatem poteſt qui heres iam eſt, non cui delata ſolùm hereditas fuit : Ius autem adeundi competit poſt delatam & ante aditam hereditatem. Fuit autem ius † illud adeundi, ſicut & hereditatem petendi perpe- 22 tuum ante Anaſtaſij conſtitutionem, quia quandiu non erat repudiata hereditas,tandiu adiri poterat,*l.ſi curatoris 9.eod.* ac proinde etiam poſt centum ſi voles,annos.Propter quam cauſſam† neceſſe fuit proponi à prætore edictum 23 de iure deliberandi, vt creditoribus vrgentibus præſtitueretur heredi tempus ad deliberandum an heres eſſe vellet néne : Nimirum eodem prorſus conſilio & fine,quo edictum ſucceſſorium, Ne bona diutius iacerent vacantia,& vt ſcirent creditores cum quo haberent congrediendum. Itaque quod prætor aſſequi voluit per edictum † ſucceſſorium in bonorū poſſeſsionibus, 24 idipſum aſſecutus eſt per edictum *De iur. delib.* in hereditatibus. Et quemadmodum non potuit inuita iuriſprudentia inducere ſucceſſorium edictum in hereditatibus, ita nihil fuit neceſſe induci ius deliberandi in bonorum poſſeſsionibus,vtpote quas† agnoſci neceſſe ſit intrà centeſimum diem: nam 25 nec pauciores quàm centum dies darentur ad deliberandum *l. 2. D. de iure delib.* Excipio perſonas liberorum, quibus largius tempus datum eſt ad agnoſcendam poſſeſsionem ex capite Vnde liberi,in honorem,vt dixi,ſanguinis,& quod minùs arctandi viderentur, qui ad propriam penè ſucceſsionem vocarentur *d.l.1.§.largius.De ſucceſ.edict.* Denique tempus illud à prætore conſtitutum ad bonorum poſſeſsionem admittendam pro eo tempore eſt quod heredibus iure ciuili adituris dandum eſſet ad deliberandum, ob idque nec currit niſi ſcienti *l.2.C.qui admitt.ad bonor.poſſeſſ.* Sed omnino imperitius † & ineptius illud eſt quod pragmatici & interpretes noſtri ad *d. l.* 26 *ſicut* tractant De iure ſe immiſcendi, quaſi tale ius aliquod ſit ſimile iuri adeundi,vt quod in extraneis heredibus adeundi ius eſt, in ſuis ſit ius ſe immiſcendi. Nam cùm ſui heredes etiam hodie ſint ipſo iure heredes citra immixtionem, vt tam ſæpè inculcauimus, quodnam ius habere poſſunt ſe immiſcendi? aut quæ huiuſmodi iuris vtilitas,quis vſus eſſe poteſt? Planè habent ex edicto prætoris ius ſe abſtinendi tandiu competens, quandiu ſe non immiſcuerunt,niſi pupillaris aut minor ætas ſuccedat, vt iis etiam poſt immixtionem ſuccurrendum ſit ſiue ipſo iure,ſiue per in integrum reſtitutionem *l.neceſſarijs 57. D.de acq.hered.* Sed non facit ius illud abſtinendi, vt in caſum contrariæ voluntatis,id eſt,quo abſtinere nolint, ius habeant ſe immiſcendi, niſi eo modo,quo dominus quilibet liberam habens rerum ſuarum admini-

Digitized by Google

ſtrationem ius habet rebus ſui vtendi,quod ipſum tamen rectè & partitè loquētibus in facultate magis quàm in iure poſitum eſt, nec magis ius dici poteſt quàm vt in tuo cœnes aut ambules.

ERROR IX.

De præſcriptione temporis aduerſus eum oppoſita,qui non potuit agere.

SVMMARIA.

1 *Non valenti agere non currit præſcriptio ex pragmaticorum indiſtincta opinione.*

2 *Diſtinctio hic adhibenda ex autoris ſententia.*

3 *Actio quæ nondum nata eſt per præſcriptionem perimi non poteſt.*

4 *Fideicommiſſi actio, ſi dies aut conditio nondum extiterit, ne centeſimo quidem anno excluditur.*

5 *Si actio competens propter abſentiam aut ignorantiam eius cui competit exerceri nequeat, non ideò impeditur præſcriptio.*

6 *Contra ignorantem quando currat præſcriptio.*

7 *Cōtra abſentē Reip.cauſa currit præſcriptio.*

8 *Viuo patre non currit præſcriptio filiofam. bona paterna per patrem vendita vindicaturo: nec mulieri viuente marito.*

9 *Ratio ſuperiorū enuntiati.*

10 *Regulariter datur locus præſcriptioni temporis aduerſus non valentem agere ex aliqua cauſa,ſaluo tamen reſtitutionis auxilio.*

1 TRITVM eſt pragmaticorum ore prouerbium, Non valenti † agere,nō currere præſcriptionem ex *l.1.C.de annal.except. l.in rebus 30.C.de iur.dot.l.1.in fin.C.de bon.matern.*Ego verò diſtinguē-
2 dum† exiſtimo, qua ex cauſſa quis agere impeditus ſit. Nam ſi
3 ob id duntaxat, quod nullam actionem habuit, fateor actionem † quæ
4 nondum nata eſt, perimi non poſſe: Vnde fit † vt fideicommiſsi in diem aut ſub condicione relicti actio, ſi dies aut condicio non niſi poſt centeſimum annum extiterit, ne centeſimo quidem anno excludatur *l. vlt. §. ſin*
5 *autem ſub conditione. C. commun. de legat.* Sed ſi qua actio † competat, quæ tamen non potuit exerceri, propter abſentiam aut ignorantiam eius qui agere debuit, aut qua alia de cauſſa, nego ob id ſolùm impediri præſcriptionem, quod toto illo tempore agi non potuerit. Alioqui dicendum erit, nunquam futurum,vt præſcriptio temporis currat contra ignorantem,
6 quod tamen falſum eſt. Currit † enim quoties præſcriptionis tempus continuum eſt,non vtile,*l.1.D.de diuerſ.temp.præſcrip.* Continuum autem ſemper eſſe intelligitur,niſi cùm lex vtile eſſe vult. Atqui agere non poteſt is qui a-
7 ctionem ſibi competere ignorat. Eodem modo dicendum eſſet, † eum qui cùm reipublicæ cauſſa abeſſet,agere non potuit, nulla temporis præſcriptione ſummouendum fore, præſertim cùm abſentia illa non modò probabilis ſit,ſed etiam iuſta & neceſſaria. Et tamen præſcriptionis tempora cōtra eum currere ex eo apparet, quòd dat ei prætor in integrum reſtitutionem ex generali illa clauſula,*ſi qua mihi iuſta cauſſa eſſe videbitur,l.1.& tot.ti..D.ex quib. cauſſ.maior.* Denique mouent me illæ ipſæ leges quibus pragmatici & interpretes mouentur,vt contra ſentiant. Quid enim erat neceſſe conſtitui,vt vi-
8 uo patre † non curreret præſcriptio filiofamilias bona materna per patrē vēdita vindicaturo,nec rurſus mulieri viuente marito, ſi ita ius eſſet, vt non valenti agere,præſcriptio currere nunquam poſſet? Siquidem certum eſt nullam

lam prorſus † actionem mulieri cõpetere pro dote ſiue aduerſus maritum, 9
ſiue contra rerum aut pignorum dotalium poſſeſſores repetenda quandiu
conſtat matrimonium. Filius autem familias etſi agere viuo etiam patre ex
quocunque contractu poteſt, non tamen niſi patre ipſo conſentiente: *l. §. vlt.*
neceſſitate. C. de iur. delib. difficilimum verò eſt, vt pater qui bona filij vendi-
dit, conſentire velit filio acturo ex ea cauſſa quæ patrem ipſum de euictione
ſit obligatura, ſiue ponas materna bona filij, ſiue aliunde ipſi quæſita. Itaque
cum hoc caſu in eas anguſtias coniiciatur filius, vt vel paternam verecundiã
violare, vel iure ſuo cadere cogatur, æquiſſimè proſpectum eſt, vt totius tem-
poris quo pater viuit negligentia ipſi imputari non poſſit. Sed extra hanc
cauſſam ſicuti ceſſant conſtitutiones Iuſtiniani, quæ ſingulare ius continent,
ita iure communi vtendum eſt, dandúſque † locus præſcriptioni temporis e- 10
tiam aduerſus non valentem agere. Saluo tamen auxilio reſtitutionis, ſi qua
probabili ratione cõcedi debere videatur. Scripſimus hac de re *lib. 7. Coniect.*

ERROR X.

De confirmando tutore vel curatore.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia pragmaticorum erranea tutor quilibet confirmandus eſt.*

2 *Dicti erroris cõfutatio, qua docetur quando tutor confirmandus ſit.*

CAVSSAM huic errori aut errandi potius occaſionem dedit
titulus ille qui in Pandectis eſt, & in Codice Iuſtiniani De
confirmãdo tutore vel curatore. Sic enim à pragmaticis † ac- 1
ceptus eſt, rubricam magis quàm leges quæ ſub rubrica ſunt
obſeruantibus, vt tutores omnes etiam à patre ritè rectéque
teſtamento datos omnimodo confirmari oporteat: nec tutori priùs permit-
tendum ſit accedere ad tutelæ adminiſtrationem, quàm fuerit à iudice con-
firmatus. Cùm † tamen ſi omnes locos qui ſub eo titulo ſunt legas & per- 2
legas, nihil apertius ſit quàm videre tutoris confirmandi neque neceſſitatem
neque rationem vllam ſubeſſe, niſi eo demum caſu quo perperam tutor da-
tus ſit, id eſt, aut ab eo qui dare non potuit, vtputa à matre (quæ ſicuti filium
non habet in poteſtate, ita tutorem ei dare non poteſt, cùm tutoris datio
proficiſcatur ex iure patriæ poteſtatis) aut ei cui dari non potuit ne quidem
à patre, vt puta filio puberi, aut curator impuberi, aut deniq; eo loco in quo
dari tutor non poteſt, id eſt, in codicillis teſtamento non cõfirmatis. His e-
nim caſibus, & ſi qui ſunt ſimiles cùm tutoris datio non teneat ipſo iure,
neceſſaria eſt confirmatio vt is ipſe tutor ſit quem teſtator voluit. Nam in
confirmando tutore ſolet iudex ſequi voluntatem teſtantis ſi nihil aliud ſit
quod impediat. Cæterùm ſi tutor datus ſit, & à quo, & cui, & vbi, & quo-
modo oportet, nulla omnino confirmatione opus eſt, *l. 1. eod.* Proinde ex
quo ſe tutorem ſciuit, ſi non ſe excuſauit, obſtrictus intelligitur periculo
tutelæ quamuis confirmatus non fuerit, quemadmodum ex contrario ſi
benè & ex pupilli vtilitate geſſerit, non ei imputabitur cur non petierit con-
firmationem.

ANTONII FABRI I.C. DECAS QVARTA.

Error primus.

De creditore fiduciariam, & vt loquuntur, prouiſionalem adiudicationem vrgente in generalis bonorum diſcuſſionis inſtantia.

SVMMARIA.

1 Propter longas moras heredum in abſoluendis inuentarijs ſolennibus, & peragenda inſtantia generalis bonorum diſcuſſionis, peti ſolet prouiſionalis adiudicatio pendente lite.

2 Quæſt. an huiuſmodi adiudicationibus locus eſſe debeat, & quando eſt locus, vocari oporteat cæteros creditores, an cum ſolo herede rem agi ſufficiat.

3 Sententia pragmaticorum alios creditores expectandos non eſſe arbitrantium.

4 Sententia autoris cur his adiudicationibus prouiſionalibus non facile dandus ſit locus.

5 Quibus ex cauſis fiduciarijs illis adiudicationibus locus eſſe poſſit.

6 Quibus in cauſis poteſt fieri prouiſionalis adiudicatio, audiendos eſſe cæteros creditores, tum anteriores, tum poſteriores.

7 Non ſatis conſultum iri & heredis & creditorum indemnitati per ſatiſdationem contra pragmaticos.

1 QVAM longas † moras adhibere ſoleant heredes, non modò in
conſcribendis abſoluendíſque ſollennibus inuentariis, ſed e-
tiam in peragenda inſtantia generalis, vt vocant, diſcuſsionis
bonorum, quam inter heredem & creditores defuncti ac le-
gatarios tractari decidíque neceſſe eſt, De bonis heredita-
riis venundandis, vt ſingulis ex ordine ſatisfiat ſciunt omnes, qui in foro
verſantur. Ea res plerunque cauſſam dat creditoribus & legatariis petendæ
prouiſionalis & fiduciariæ adiudicationis pendente lite, oblata nimirum ſa-
tiſdatione, De pecunia reſtituenda, & in corpus hereditarium referenda eo
tēpore quo ſingulis creditoribus & legatariis per ordinē ſatisfieri, in cámq;
2 rē bona vendi oportebit. Quæri† autē ſolet an huiuſmodi fiduciariis adiudi-
cationib. aliquis locus eſſe debeat, & ſi quādo locus eſt, an cęteros omnes cre
ditores vocatos & auditos eſſe oporteat, an cū ſolo herede rem agi ſufficiat,
3 qui ſolus cōdemnari poteſt. Pleriq; ex pragmaticis † putāt, nec ferè eſt qui
diſſentiat, ſi qua vel minima heredis culpa & mora arguatur, facilè in eā ſen-
tentiā deſcēdere iudicē debere, vt pendēte lite creditori vrgēti cōdemnet he-
redē, neq; alios creditores expectari neceſſe ſit, quaſi nihil eorū interſit, nec
ipſius quoq; heredis cùm pręſtita ſatiſdatio eſt. Cur.n. faueamus, inquiūt he-
redi nihil aliud agēti, quàm vt legis beneficio in creditorū necem abutatur,
& in longius tempus per moras & ambages protracta lite graſſetur impunè
4 diutiùs in hereditate? Sed tamen † facit cōtra creditorē, quod ſi hæc ſenten-
tia reciperetur, fieret vn nunc his nunc illis creditoribus obtinentibus pro-
tinus in fruſta ſcinderetur hereditas: Nam cùm heres qui beneficium inuen-
tarij implorauit nec cogi nec condemnari poſsit vt ſoluat, niſi hactenus vt
rerum hereditariarum diſtractionem patiatur, ex quarùm precio victori ſa-
tis fiat, euenire neceſſe eſſet, vt per huiuſmodi venditiones multiplicatas to-
tū patrimoniū diſtraheretur, aut potius exhauriretur, nulla ſpe relicta redhi-
bendarum.

bendarum rerum quæ ex hac cauſſa diſtractæ eſſent. Sed & diminueretur
hereditas per ſumptus quos ex cauſſa iudicati, & vt loquuntur, pro emolu-
mento adiudicationis ex ſtatuto præſtari oporteret. Eos namque ſumptus
ſicuti à creditoribus prorogandi ſunt, ita poſt diffinitiuam ſententiam illis
reſtituendos eſſe conſtat, ne in damno morentur: quod contingeret ſi prin-
cipalis debiti quantitas per eos ſumptus diminueretur. Quæ res tanto mino-
rem efficit hereditatem iam alioqui ſuſpectam, & conſequenter nocet credi-
toribus poſterioribus, quibus tamen conſuli æquum eſt, ne ex eo quod poſt
mortem communis debitoris geſtum eſt inter heredem & quoſdam ex cre-
ditoribus, damnum ſentiant. Planè fatendum † eſt poſſe interdum locum 5
eſſe huiuſmodi prouiſionalibus adiudicationibus, nimirum ſi ex creditoribus
aut legatariis ij agant qui cæteris fauorabiliores eſſe videantur, vtpute ex
cauſſa dotis vel alimentorum, vel depoſiti, vel qua alia eiuſmodi, quę aut pie-
tatis ſpeciem præ ſe ferat, aut longiorem moram non admittat. Sed extra has
cauſſas non facilè ferendus eſt qui lite pendente fiduciariam vrget condem-
nationem. Ex ſuperioribus † autem cauſsis poteſt quidem fieri condemna- 6
tio, ſed tamen non aliter quàm auditis cæteris creditoribus, ſiue anteriores
illi ſint ſiue poſteriores, cùm eorum omnium quàmmaximè interſit; Iuris
autem ratio poſtulet vt citandus ſemper & audiendus ſit ad actum, quiſquis
ex eo actu lædi poteſt *l. nam ita 39. D. de adopt.* Præſertim cùm ad illam diſ-
cutionis inſtantiam creditores & legatarij omnes euocati iura ſua in iudiciũ
deduxerunt. Quis enim patiatur pronunciari aliquid ſiue per diffinitiuam
ſententiam, ſiue per interlocutoriam inauditis iis qui eam ipſam tractant in-
ſtantiam? Nam nec aliter ſciri poteſt quinam ex iis ſint fauorabiliores.
Nec reſponderi queat quod pragmatici reſpondent ſatis † conſultum iri & 7
heredis & creditorum indemnitati, ſi ſatiſdatio præſtetur. Non enim alius
ſatiſdationis effectus eſſe poteſt, quàm vt condemnetur fideiuſſor à victore
datus, ſi ex poſtfacto aut nihil aut minus debitum fuiſſe apparebit, nec pe-
cunia cum eo prætereà quod intererit reſtituetur. Atqui fieri poteſt vt verè
ſit creditor is qui obtinuit & ex anterioribus, qui proinde ad pecuniæ reſti-
tutionem condemnandus nunquam erit, nec tamen æquum ſit prouiſiona-
lem ei fieri adiudicationem, ſi cæteris fauorabilior non ſit. Aut enim om-
nibus facienda eſt ſi ſunt æquè fauorabiles, aut nulli: ne, vt dixi, per eos
ſumptus qui adiudicationes iſtas concomitantur, hereditas diminuatur in
necem poſteriorum creditorum, quibus moram culpámque heredis noce-
re non oportet: Damnum enim quod ex tali diminutione ſentirent, non
farciretur per fideiuſsionem, vtpote quæ non in hunc caſum nec in hanc
cauſſam præſtita eſſet, ſed in aliam planè diuerſam. Quanquam etiamſi in
hanc ipſam cauſſam fideiuſſor oblatus proponeretur, non ideò ſtatim con-
ſequens eſſet inauditis aliis creditoribus quicquam conſtitui debere. In id
enim comparatus eſt vſus ſatiſdationum vt ius ſuum quiſque commodiùs
tueatur citra alterius iniuriam, non vt comminiſcendæ iniuriæ prætextus
quæratur. Quemadmodum dicere ſolemus ſuſpectum tutorem non ob id
magis in adminiſtratione retinendum quòd locupletiſsimè ſatiſdederit, quia,
inquit lex, ſatiſdatiſdatio non mutat maleuolum tutoris propoſitum, ſed
ei diutiùs in re pupillari graſſandi facultatem præſtat *l. quia ſatiſdatio 6. D. de
ſuſpect. tutor.*

ERROR SECVNDVS.

De eo qui propriam poſſeſsionem auocat ex clauſula conſtituti.

SVMMARIA.

1 *Quid induxerit Iuſtinianus in l. vlt. C. de acq. poſſ. ex pragmaticorum ſententia.*

2 *Naturam poſſeſsionis repugnare d. l. vlt. vulgata interpretationi.*

3 *Eam tamen ſummâ æquitate niti.*

4 *Ex pragmaticorum ſententia d. Iuſtiniani lex eò pertinet non vt poſſeſſio quaſi amiſſa repetatur, ſed vt quaſi retenta vindicetur.*

5 *Si is per quem poſſidemus poſſeſsionem in alium tranſtulerit, poſſeſſio nobis eſt amiſſa, contra pragmat.*

6 *Diſpoſitio imperialis in d. l. vlt. & eius l. expoſitio.*

7 *Sabinianorum & Proculianorum diſſenſio in quæſtione, an amiſſa ſit nobis poſſeſſio, quando is per quem poſſidemus, poſſeſsionem dereliquit.*

8 *Semper amittitur poſſeſſio quando ab alio occupatur.*

9 *Rationem Iuſtiniani in d. l. vlt. non eſſe generalem, nec pertinere ad eum caſum quo poſſeſſio ab alio occupata eſt.*

10 *Cur vtatur his verbis Iuſtinianus in d. l. vlt.* nihil penitus dominio præiudicij generetur.

11 *In ſpecie l. meminerint. 6. §. 1. C. vnde vi. domino poſſeſſio amiſſa cenſetur, & pupillo quæſita, vbi eam inuaſit tutor, licet ſit reſtituenda.*

12 *Error pragmaticorum ex Iuſtiniani lege actionem competere putantium ei qui per clauſulam conſtituti, aut veram traditionem poſſeſſor factus eſt, ad propriam poſſeſſionem à nouo poſſeſſore auocandam.*

13 *Actio quam vocant pragmatici Galli* de maintenue *quando competat.*

14 *Poſſeſſio tranſlata quibus remediis iuris recuperetur.*

15 *Emendatio l. ſi de eo. §. 1. D. de acq. poſſeſſ.*

1 NOTISSIMVM eſt beneficium † Iuſtiniani in eorum fa-
uorem, vt vulgò creditur, inductum, quorum poſſeſsio
interuerſa ſit per eum per quem anteà poſsidebant *l. vlt. C. de*
acquir. poſſeſſ. Sic enim accipitur ea lex vt perinde liceat vete-
ri poſſeſſori priſtinam poſſeſsionem ſuam condicere & auo-
care, ac ſi interuerſa non eſſet. Quæ conſtitutio ſi ita eſt pugnat proculdu-
2 bio cum iuris ratione. Nam cùm † poſſeſsio ſit facti potius quàm iuris, fie-
ri ſanè non poteſt vt non amittatur cùm in alium tranſlata eſt facto eius
per quem retinebatur, tametſi eam animo retinere dominus velit, quia
tamdiu duntaxat animo retinetur poſſeſsio quandiu eius naturaliter & cor-
poraliter adprehendendæ facultas ſupereſt: id eſt quandiu naturalis & cor-
poralis poſſeſsio amiſſa non eſt *l. ſi colonus* 31. *l. ſi de eo fundo* 40. §. 1. D. *de*
3 *acquir. poſſeſſ.* Habet † tamen hæc interpretatio ſummam æquitatem, (quæ
& Proculianis videtur placuiſſe in *l. cum quis* 31. D. *de dolo.*) ne alteri per
alterum iniqua conditio inferatur. Commodum enim poſſeſsionis non
paruum eſt, præſertim vt rei non actoris partes ſuſtineat is, qui ſi non
poſsideret agere cogeretur *§. commodum. Inſt. de interd.* Ex hoc pragmatici
4 inferunt Iuſtiniani † legem eò pertinere, non vt poſſeſsio quaſi amiſſa
repetatur, ſed vt quaſi retenta nec vnquam amiſſa vindicetur. Alioqui
non eſſet, inquiunt, plenum beneficium Iuſtiniani ſi poſſeſsionis reſtituen-
dæ duntaxat neceſsitatem induceret, retinendæ autem & aſſerendæ ius non
5 præberet. Ego verò nunquam mihi perſuadere potui eam Iuſtiniani men-

tem

Digitized by Google

tem fuiſſe,quã vulgò interpretes putant. Eſto enim quod illi volũt,ita Iuſti-
niano placuiſſe,vt ſi is per quẽ poſſidemus poſſeſſionẽ dereliquerit,nõ idcir-
co poſſeſſio amittatur: Nego†idẽ dicẽdũ eſſe ſi nõ modò de poſſeſſione diſ-
ceſſerit,ſed etiã poſſeſſionẽ illã in aliũ trãſtulerit. Nam ſi iuris rationẽ inſpi- 5
cias, dubitari nõ poteſt quin nouo facto poſſeſſore prior poſſeſſio domino
amiſſa ſit,quandoquidem amiſſa eſſet etiãſi is per quẽ anteà retinebatur de-
ceſſiſſet:quo tamen caſu conſtat non ita facilè poſſeſſionẽ interpellari, quia
in morientem animus nõ eſt amittẽdæ vltro poſſeſſionis *d.l.ſi de eo.§.1.de ac-
quir.poſſ.* Non enim fieri poteſt vt duo ſimul reuera poſſideãt *l.3.§.ex contra-
rio.eod.tit.* aut vt non reuera poſſideat is,qui ſibi rem habet,dominúmque, ſi
eam poſſeſſionem occupare velit,prohibiturus eſt,quantumuis iniuſtè poſſi-
deat,quoniã iniuſta quoque poſſeſſio vera poſſeſſio eſt. Quod ſi nõ tam iuris
ratione quàm Iuſtiniani legẽ intueare,ſic Iuſtinianus definit†vt ſiue ſeruus, 6
ſiue procurator,ſiue colonus,vel inquilinus, vel quiſpiã alius per quẽ licẽtia
eſt nobis poſſidere corporaliter nactã poſſeſſionem cuiuſcunque rei dereli-
querit vel alij prodiderit,deſidia fortè,vel dolo,*vt locus aperiatur alij eandem
poſſeſſionem detinere* nihil penitus dominio præiudicij generetur. Non igi-
tur tractat Iuſtinianus illũ caſum quo is per quẽ poſſidebamus trãſtulerit in
aliũ poſſeſſionẽ noſtrã,ſed illũ dumtaxat quo poſſeſſionẽ dereliquerit vel a-
lij prodiderit,vt eius occupãdę præbeat facultatẽ:quo caſu putabat†Sabinia- 7
ni amitti domino poſſeſſionẽ etiãſi ab alio occupata nõ fuiſſet *d.l.ſi colonus.
& d.l.ſi de eo fundo §.1.D.eod.* Proculiani verò negabant amitti poſſeſſionem
quandiu nõ eſſet ab alio occupata *d.l.cùm quis 30.de dolo.* Sic dicimus eũ qui
viſis armatis qui aliò tẽdebãt metu deterritus profugit, nõ videri vi deiectũ
niſi ab iis occupata poſſeſſio fuerit *l.§.idẽ Labeo ait 29.l.3.§.ſi quis autẽ & ſeq.
D.de vi & vi armat.* Itaq; occupatio poſſeſſionis interdũ requiritur non ſo-
lùm vt poſſeſſio acquiratur occupãti,ſed etiã vt priſtino poſſeſſori adimatur.
Cęterũ nullus caſus eſt in quo † nõ amittatur poſſeſſio quæ ab alio eſt occu- 8
pata.Neq; mouere nos debet quod ratio illa Iuſtin. †videtur generalis *ne ex* 9
aliena malignitate alienũ damnũ emergat. Primũ.n.cùm ab alio poſſeſſio occu
pata eſt,nõ ſolùm intercedit factũ & malignitas eius per quẽ poſſidebamus,
ſed etiã factũ & animus eius qui incipit poſſidere,ex quo potiſſimũ acquiſi-
tio poſſeſſionis æſtimatur. Potuit.n.ille fieri poſſeſſor etiã inuito & ignorãte
eo per quẽ poſſidebamus,puta ſi vi aut clã eũ deieciſſet : quo caſu apertũ eſt
nõ eſſe locũ Iuſtinianeę cõſtitutioni,vt dicemus infr.errore quinto. Deinde
obſeruandũ eſt quod Iuſtinianus ſic†loquitur *nihil penitus dominio præiudicij* 10
generetur. Dominio inquit nõ *domino*,vt intelligamus id tãtũ ea cõſtitutione
fieri vt poſſeſſio noſtra nõ interpelletur ex eo ſolo,quòd ab eo per quẽ poſ-
ſidebamus derelicta ſit : quoniã ea interpellatio noceret dominio quod per
vſucapionẽ acquiritur,ſi nõdũ vſucapio tũc cõpleta eſſet,vt & in *d.l.ſi de eo §.
1.* Cęterũ ſi ponas de vſucapione nõ tractari, aut quia iã tũ eſſet cõpleta, aut
quia rem illã à vero domino emiſſem,nec nouus poſſeſſor vſucapere cœpiſ-
ſet,ſicuti amiſſio poſſeſſionis nullũ dominio pręiudiciũ adferre poteſt,ita di
cã ceſſare Iuſtiniani cõſtitutionẽ,nec eò extendẽdã eſſe vt ne ipſa quidẽ poſ-
ſeſſio amittatur. Nihil.n.vetat amitti poſſeſſionem,nec vllũ tamẽ dominio
pręiudiciũ generari,quia nihil cõmune habet proprietas cũ poſſeſſione.De-
nique etiamſi maximè admitterẽ generaliter accipiendã eſſe rationẽ illam
ne ex aliena malignitate alienũ damnũ emergat,nec de dominio dumtaxat, ſed

etiam de poſſeſſione, non tamen fieret conſequens quod pragmatici volunt
11 poſſeſſionem non amitti: Nam & in †ſpecie *l. meminerint. 6. §. 1. C. vnde vi*, id
eſt, cùm habito colludio curatores vel tutores minorum rem iis debitam
ea occaſione peruadunt vt pupillis vel adultis iurgandi copia & fructus adi-
matur, eatenus quidem ſubuenitur pupillis & minoribus vt neque eos neque
dominum atterat damno culpa temeritatis alienæ, ſed tamen non inde fit vt
non ipſis pupillis & minoribus etiam ignorantibus poſſeſſio quæſita intelli-
gatur, ac proinde domino amiſſa: conſtitutum enim eſt vt illico reddi domi-
no debeat à quo eſt ablata, vt habent verba legis, nec mirum quia licèt lex ne-
que factum neque animum tutoris aut curatoris probet, facere tamen non
poteſt vt poſſeſſio quæ reuera ablata eſt non ſit ablata, cùm ſit facti. Et huic
interpretationi conuenit quod ſequitur apud Iuſtinianum *in d. l. vlt. ſed ipſe,*
ſi liberæ cõditionis eſt, competentibus actionibus ſubiugetur omni iactura ab eo re-
ſtituenda domino rei, vel ei circa quem negligenter vel dolosè verſatus eſt. Quam
enim iacturam aliam poſſet dominus incurrere, ſi ne quidem occupatam per
alium poſſeſſionem amitteret? Iſque ſenſus etiã eſt *d. l. cùm quis* 31. D. *de dolo.*
Eáque ſententia Proculianorum à Sabinianis diſſentientium, vt iã ante nos
vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius ex ipſis Iuſtiniani verbis obſeruauit. Præ-
bet enim Iuſtinianus ipſe non leue huius diſſenſionis argumentum, cũ præ-
fatur quæſtionem illam quæ conſtitutioni cauſſa dederit ex libris Sabinianis
12 profectam eſſe. Hæc cùm ita ſint, quis non videt toto cælo † aberrare pra-
gmaticos cum ea Iuſtin. conſtitutione abutũtur vt ei qui per clauſulam con-
ſtituti aut per veram traditionem poſſeſſor factus eſt, actionem dẽt ad pro-
priam poſſeſſionem auocandam à quolibet nouo poſſeſſore? Duplex enim
hic error eſt; vnus ille, quod ad hũc quoque caſum Iuſtiniani legem accom-
modant, vt ex facto eius, per quem poſſeſſio retinebatur, nullum neque do-
minio, neque poſſeſſioni præiudicium generetur, non magis quàm ſi à cu-
ſtode poſſeſſionis (ſi enim vocatur in *l. vlt. C. de delat. lib.* 10.) ea poſſeſ-
ſio derelicta tantùm, necdum ab alio occupata eſſet. Alter, quod veteri poſ-
ſeſſori dant actionem non tam ad repetendam quàm ad retinendam poſ-
ſeſſionem quaſi nunquam amiſſam, Cumulant enim beneficium legis Iuſti-
nianeæ cum interdicto retinendæ poſſeſſionis, vt efficiant actionem, quã illi
13 appellant, *de maintenue*, quæ †ſanè competit cùm derelicta tantùm, aut pro-
dita poſſeſſio eſt, non etiam tradita. Sed cùm tradita eſt, atque ita tranſlata,
14 nego poſſe tractari de retinenda poſſeſſione, quæ †omnimodo recuperanda
eſt interdictis ſcilicet in eam rem cõparatis, aut actionibus illis extraordina-
riis in locum interdictorum ſubſtitutis, *Vnde vi*, aut *Quod vi, aut clam.* Ne-
que enim interdicta reſtitutoria concurrere vnquam poſſunt cum iis, quæ
15 ſunt retinendæ poſſeſſionis. Illud non poſſum prætermittere †corruptũ eſ-
ſe Africanum *d. l. ſi de eo. §. 1.* vt facilè proſpicere quiuis poteſt, ſícque reſti-
tuendum, *ſi fortè colonus per quem dominus poſſideret, deceſſiſſet (propter vtilit.*
enim receptum eſt vt per colonum poſſeſſio & retineretur & continuaretur) non
ſtatim dicendum eum interpellari, & c. Illa enim verba *quo mortuo* abundant
proculdubio vt principium §. demonſtrat, quod ab Africani interprete ob-
ſeruatum non fuiſſe miror.

ERROR TERTIVS.

De exceptione non facta excuſsionis oppoſita aduerſus hypothecarium creditorem agentem ad poſſeſsionem ex clauſula conſtituti.

SVMMARIA.

1 *Modus transferendæ poſſeſſionis, quando quod meo nomine poſſideo, alieno nomine poſſidere incipio.*

2 *Poſſidere & alieno nomine poſſidere vt differant.*

3 *Modus transferendæ poſſeſſionis per clauſulam conſtituti licet fictitius transfert veram & realem poſſeſſionem, nec tantùm ciuilem, ſed etiam naturalem.*

4 *Creditor cuius nomine debitor ſe conſtituit poſſidere, agens contra tertium poſſeſſorem non poteſt repelli exceptione non factæ excuſsionis, ſi pragmaticis credimus. & num 7.*

5 *Limitatio ſuperioris effecti.*

6 *Diſtinctio pragmaticorum inter actionem hypothecariam & conditionem poſſeſſionis ex l. vlt.C.de acq. poſſeſſ.*

8 *In d.l.vlt. non eſſe conſtitutũ vt detur ei cuius poſſeſſio per alium interuerſa eſt, actio aliqua ad auocandam poſſeſſionem, contra pragmatic.*

9 *Error pragmaticorum negantium amitti poſſeſſionem quæ translata ſit ab eo qui alieno nomine poſſidebat.*

10 *Quo caſu poſſeſſio quam per alium retinemus nobis videri poſſit retẽta, cùm ab alio eſt occupata.*

11 *Emendatio lectionis l. ſi de eo. 40. in pr. D.de acq.poſſeſſ.*

12 *Cùm poſſeſſio tantùm derelicta ſit & prodita, difficilius eſt vt poſſeſſionem meam amittat is qui meo nomine poſſidet, quàm ſi ſuo nomine poſſideret.*

13 *Si debitor rei quam meo nomine ſe poſſidere conſtituerat, poſſeſſionem in alium tranſtulerit, Iuſtiniani conſtitutione non eſt effectum, vt poſſeſſionem non amiſerim aut ad iſſam retinere poſſim antequam recuperauerim.*

14 *In caſu ſuperiori quantumuis implorem beneficium clauſulæ conſtituti & legis Iuſtiniani, non retinẽdæ ſed recuperandæ poſſeſſioni locus eſt.*

15 *Quoniã reuera poſſeſſor eſt is in quem cuſtos meæ poſſeſſionis tranſtulit poſſeſſionem.*

16 *Concluſio autoris de ſummouendo per exceptionem non factæ excuſſionis eo qui implorato beneficio legis Iuſtinianeæ agit contra tertium poſſeſſorem.*

17 *Tertio & bonæ fidei poſſeſſori exceptio non factæ excuſſionis accommodatur quoties à creditore hypothecario conuenitur propter hypothecam.*

QVOD meo † nomine poſſideo, poſſum alieno nomine poſſidere. Ne- 1
que enim muto mihi cauſſam poſſeſſionis, ſed deſino poſſidere, & a-
lium poſſeſſorem miniſterio meo facio, nec idem eſt poſſidere, † & 2
alieno nomine poſſidere. Nam poſſidet cuius nomine poſſidetur: Procurator
autẽ alienæ poſſeſſioni præbet miniſterium, inquit Celſus in *l.quod meo 18.in
princ.De acq.poſſ.* Idémq; eſt, ſi quis fundum quem poſſidebat ab alio conduxe-
rit. Nam & hic deſinit poſſidere, cúmq; à quo conduxit facit poſſeſſorẽ, *l. qui
bona 19.eo.l.quædam mulier 77.D.de rei vind.* Etſi autẽ modus † ille trãsferẽdæ, 3
poſſeſſionis per clauſulã cõſtituti fictitius eſt, quia factũ in eo nullũ interuenit,
ſed nuda voluntas conſtituentis, transfert tamen verã & realẽ poſſeſſionẽ, nec
tantùm ciuilẽ, ſed etiã naturalẽ, in eóq; pragmatici omnes cõſentiunt: & recte.
Mirũ verò eſt quàm multi magníq; effectus hinc pendeãt, quos latè videre eſt
apud And.Tiraq.in tractatu illo De iure cõſtituti poſſeſſorii. Inter cæteros ma-
ximus ác ferè præcipuus ille eſt, vt creditor † hypothecarius, cuius nomine de- 4
bitor ſe cõſtituit poſſidere res obligatas, ſi poſſeſſionẽ pignoris nãciſci velit, in
eámq; rẽ agat cõtra tertiũ poſſeſſorẽ, repelli non poſſit exceptione illa vulgari
nõ factæ excuſſionis quæ ex Iuſtiniani cõſtitutione datur cuilibet bonæ fidei
poſſeſſori. *Aut.hoc ſi deb.C.de pig.* Sed hoc ita tamẽ, inquiũt pragmatici, † ſi cre- 5
ditor agat cõdictione, ex *l.Inſt.vl.C.de acq. poſ.* nõ etiã ſi hypothecaria expe-
riatur. Diſtinguũt † n. nec vt ſibi videntur, inſubtiliter, actionẽ hypothecariã à
cõdictione illa ex lege Iuſtinianea, in eo quòd per hypothecariã & quaſi Ser- 6
uianã actionẽ creditor auocat poſſeſſionem nõ propriã, ſed ſui debitoris, aut
eius qui à debitore cauſſã poſſeſſionis habet, vt cõtingeret in directa rei vin-
dicatione *l.ſi fundus 16.§.in vindicatione. D.de pig.* Per cõdictionẽ verò ex le-

ge Iuſtiniani auocat propriã poſſeſſionẽ, quaſi nec amiſſã. Nõ.n.dubitãt,quin
facto debitoris qui pignus vẽdidit,aut alia de cauſſa tradidit,amiſſa ſit poſſeſ-
ſio quæ per clauſulã cõſtituti fuerat acquiſita,niſi beneficio nouæ cõſtitutio-
7 nis implorato retineatur.Ea verò retẽta,negãt†exceptionẽ excuſſionis nõ fa-
ctæ poſſe reo cõpetere,quia poſſeſſori dũtaxat datur, & fauore poſſeſſionis,nõ
ei qui ab ipſo poſſeſſore conuenitur. Error pragmaticorum hac parte in eo
8 eſt,quòd putãt cõſtitutione Iuſtiniani factũ eſſe vt † ei cui⁹ poſſeſſio per aliũ
interuerſa eſt,actio aliqua detur ad auocãdã poſſeſſionẽ.Nihil.n.aliud à Iuſti-
niano cõſtitutũ eſt, niſi vt poſſeſſio nõ amittatur facto cuſtodis qui eã vel de-
reliquit vel prodidit,nõ etiã vt ſi amiſſa ſit facto eius qui nõ modò poſſeſſio-
nẽ dereliquit,vel prodidit,ſed etiã tradidit,aliqua actione reuocetur: Nã etſi a-
liqua in eã rẽ actio daretur,eã nõ retinẽdæ, ſed recuperãdæ poſſeſſionis gratia
9 dari neceſſe eſſet.Sed & in eo errãt quòd negãt amitti poſſeſſionẽ etiã quę tra
dita ſit,& trãſlata ab eo,qui alieno nomine poſſidebat.Nã,vt proximo capite
diſputauim⁹,fieri nullomodo poteſt,vt nõ amittatur poſſeſſio quę in aliũ trãſ-
fertur , nõ magis quàm vt duo ſint in ſolidũ eiuſdẽ rei poſſeſſores,aut vt vbi
10 ego ſto,tu etiã ſtare videaris,*l.3.ex cõtrario* D.*de acq.poſ.*Nec poſſeſſio†quã per
aliũ retinem⁹ nobis alio caſu videri poteſt retẽta, cũ ab alio eſt occupata,quã
illo ipſo,quo ei per quẽ poſſidemus retineri poſſet ſi ſuo nomine poſſideret.i.
ſi ponas ab eo occupatã per quẽ poſſideat is qui noſtro nomine poſſidebat.*l.*
ſi de eo 40.*in pr.*D.*eo.*vbi Afr.ſcribit,Si de eo fũdo,quẽ cùm poſſiderẽ pignori
11 tibi dedi,ſeruus tu⁹ te deijciat,adhuc me poſſidere (ſic.n.† proculdubio legẽdũ
eſt,nõ vt vulgò *te poſſidere*) quoniã nihilominùs per ipſũ ſeruũ poſſeſſionem
retineas:quã ſi nõ retineres vtiq;nec ego per te retinere poſſẽ.Dixi *cùm ab alio*
12 *eſt poſſeſsio occupata*,quia ſi poſſeſſio nõ tradita & trãſlata, ſed tãtùm†derelicta
& prodita ſit,difficilius eſt vt poſſeſsionẽ meã amittat is qui meo nomine poſ-
ſidet quàm ſi ſuo nomine poſſideret:quoniã dolus & malignitas ipſius ei qui-
dẽ nocere poſſet,mihi tamẽ obeſſe nõ debet: Potẽſtq; hoc caſu poteſtas legis
mihi proſpicere cõtra eius calliditatẽ,cùm de iure meo dũtaxat & citra alteri⁹
iniuriã tuẽdo agatur,nõ itẽ ſi ab alio occupata poſſeſsio ſit,quia facili⁹ eſt legi,
facere vt ego poſſidere nõ deſinã nemine alio adhuc incipiẽte poſſidere , quã
vt poſſeſsio quę iã ab alio occupata eſt,mea nihilomin⁹ eſſe intelligatur.Prio-
re caſu ſola iuris ratio,ſi Sabinianis magis quàm Proculianis credimus,impe-
dimẽto eſt.Poſteriore autẽ, ipſa etiã natura.Itaq;ſi debitor†meus,rẽ quã meo
13 nomine ſe poſsidere cõſtituerat,nõ ſolũ deſierit poſſidere,ſed etiã in aliũ trã-
ſtulerit,eúmq;fecerit poſſeſſorẽ,abſurdũ eſt exiſtimare Iuſtiniani cõſtitutione
vlla factũ eſſe , aut fieri potuiſſe,vt poſſeſsionẽ meã nõ amiſeri,aut quod eſſet
adhuc difficilius amiſſã retinere poſſim priuſquàm recuperauerim. Cui cõſe-
14 quẽter dicendũ eſt,quantũuis implorem†beneficiũ clauſulæ cõſtituti,& legis
Iuſtinianeæ , non tamen retinendæ, ſed recuperandæ poſſeſſioni locum eſſe,
nec eo minùs poſſeſſorem manere eum qui re vera poſſeſſor eſt, quique
pro tali heberetur ſi agerem hypothecaria. Nam & ineptum , prorſúſque
ridiculum fuerit , ſi quis putet ex diuerſa actionis ſpecie mutari cauſſam
poſſeſſionis , id eſt , ex voluntate mea pendere an is qui rem meam re
vera poſſidet pro poſſeſſore habendus ſit, nécne, quemadmodum ex volun-
tate mea pendet an hac aut illa actione experiri malim, cùm vtraque compe-
tit. Cauſſa ſiquidem poſſeſſionis facti eſt, ideóque nec poſtliminio contine-
tur,*l.denique* 19.D.*ex quib. cauſſ. maior.*Cùm igitur nec clauſula cõſtituti, nec

Iuſtiniani cõſtitutio facere, poſſit quominus reuera †poſſeſſor ſit is in quẽ cu 15
ſtos meæ poſſeſſionis tranſtulit poſſeſſionem, negari non poteſt quin ſum-
moueri † debeam exceptione non factæ excuſſionis ſi contra eum agam de pi- 16
gnore ſiue hypothecaria, ſiue alia vlla actione. Nam nec alia de poſſeſſione
actio vlla mihi competere poteſt aduerſus eum qui ſine vitio & ex bona fide
iuſtóq; titulo poſſidet. Ei verò qui tertius † & bonæ fidei poſſeſſor eſt, id eſt, 17
qui nec vi, nec clam à me nec ſine titulo poſſidet, huiuſmodi exceptionem ex
æquitate accommodandam eſſe certum eſt, quoties à creditore hypothecario
conuenitur propter hypothecam, licèt alia quàm hypothecaria actione con-
ueniatur. Video pragmaticos hîc ſtupẽtes, & audaciam noſtram accuſantes,
quòd errorem arguamus in re quam omnium exploratiſſimam eſſe arbitran-
tur: ſed tamen ſi ea coniungent quæ ſuperiore errore diſſeruimus de ſenten-
tia *d.l.vlt.C.de acquir.poſſ.* & quæ addemus in ſequentibus, præſertim cap. 6.
non diffidimus fore vt rationem à nobis ſtare intelligant, eámque nobiſcum
tandem amplectantur.

ERROR QVARTVS.

De creditore, qui poſt intentatam hypothecariam implorat beneficiũ clauſulæ conſtituti, & legis vltimæ C.de acquir.poſſ.

SVMMARIA

1 Creditor hypothecarius qui quæſitam per clauſulam cõſtituti poſſeſſionem & facto debitoris amiſſam perſequitur hypothecaria, ſummoueri poteſt exceptione non factæ excuſſionis. ſecus ſi agat condictione ex lege Iuſtiniani ex pragmaticorum ſententia.

2 Creditor qui poſt intentatã hypothecariã implorat beneficium clauſulæ conſtituti & legis Iuſtinianeæ audiendus quidem eſt condemnandus, tamen in omnes expenſas ad eum diem factas, ſi pragmaticis credimus.

3 Autoris diſputatio contra primum pragmaticorum effatum.

4 Qui pignus per hypothecariam vindicat, credendus non eſt poſſeſſioni ſuæ renuntiaſſe.

5 Etiam intentata hypothecaria Iuſtiniani beneficium retineri poteſt. & n.7.

6 Hypothecaria quandoque datur vero poſſeſſori contra non poſſidentem. & n.9.

8 Abſurdum eſt ſtatuere non aliter videri retentam poſſeſſionem, quàm ſi imploratum ſit beneficium Iuſtiniani, nec refert an initio litis an poſt imploretur.

10 Creditor qui verã poſſeſſionẽ habens agit hypothecaria contra non poſſidentẽ hoc ipſo poſſeſſione ſua cadit.

11 Concluſio autoris contra pragmaticorum ſententiam.

PROXIME docuimus, differentiam à pragmaticis permagnam con- 1
ſtitui, vtrum creditor † hypothecarius poſt amiſſam debitoris poſ-
ſeſſionem pignoris, quã per clauſulam conſtituti acquiſiuerat, cõtra
nouum poſſeſſorem agat hypothecaria, an potiùs condictione ex
lege Iuſtiniani. Proptereà quòd priore caſu ſummouendus ſit exceptione non
factæ excuſſionis ſi aliud nihil impediat, poſteriore verò non item. Videamus
iã quid ex eo illi inferant. Nimirum, ſi poſt † intentatam hypothecariam & li-
tem de ea conteſtatam mutetur actio, & non tã de iure quàm de poſſeſſione 2
pignoris agatur condictione ex lege Iuſtiniani propter clauſulam conſtituti,
audiendum quidem actorẽ, ſed tamen propter mutatam actionem eo tẽpore
quo impunè mutari non potuit in expenſas omnes ad eũ vſque diẽ factas cõ
dẽnandũ. In quo vidẽtur mihi nouis ſe inuoluere erroribus. Nã etſi maximè 3
verum eſſet quod illi affirmant, & nos negamus Iuſtiniani conſtitutione fa-
ctum eſſe vt poſſeſſio quam per alium retinemus ſine facto noſtro amitti
non poſſit, & vt ad eam retinendam hodie condictio ex illa lege compe-

tat quæ olim nulla competebat; parum tamen iudicio meo referret, an
hypothecaria quis ageret, an condictione ex lege Iuſtiniani, vt actio muta-
ta & mutationis pœna aliqua pendenda eſſe videretur. Non enim is qui pi-
4 gnus † per hypothecariam vindicat, credendus eſt poſſeſſioni ſuæ renuntiaſſe,
non magis quàm ſi domini iure rem vindicaſſet, quia nihil commune habet
proprietas cum poſſeſſione, vt ſcriptum eſt *in l. naturaliter 12. §. nihil commune. D de acquir. poſſ.* Nec quicquam vetat vtramque actionem cumulari, aut vt
5 meliùs dicam, intentata † etiam hypothecaria Iuſtiniani beneficium nihilo-
minùs retineri. Quandoquidem hypothecaria actio ſicut & directa rei vin-
dicatio non ſolum ei qui non poſſidet datur contra poſſeſſorem, ſed & in-
6 terdum verò † poſſeſſori contra non poſſidentem, dummodo reſtituendæ rei
habeat facultatem. Finge conueniri eum qui ex cauſſa depoſiti, vel commo-
dati, vel conducti rem teneat. Nemo negauerit eum qui depoſuerit, vel com-
modauerit, vel locauerit, manere poſſeſſorem: quia ex his cauſſis, & ſi quæ a-
liæ ſunt ſimiles, non magis poſſeſsio quàm dominium transfertur. *l. licet 17 §. 11. D. depoſit. l. rei commodata* 8. *D. commod. l. quedam mulier* 77. *D. de rei vind. l. qui bona fide* 19. *l. interdum* 21. *§. vltim. D. de acquir. poſſeß.* Et tamen huiuſmodi
perſonas omnes, id eſt, depoſitarium, commodatarium, conductorem, rei vin-
dicatione, ſiue directa ſiue hypothecaria teneri conſtat, quia licèt non poſſi-
deant, tamen reſtituendæ rei habent facultatem perinde acſi poſſiderent. *l.*
7 *officium 9. ff. de rei vindicat.* Cur non † igitur hypothecariam exercere is etiam
poterit, qui poſſeſſionem ſuam beneficio nouæ conſtitutionis retinuit; Aut
8 cur inducamus vt non aliter retenta † poſſeſſio videatur, quàm ſi implora-
tum ſit beneficium Iuſtiniani, cùm legis verba præ ſe ferant non tam induci
ea cõſtitutione ius nouum, & à iuris ratione alienum, quàm certum firmúm-
que fieri quod anteà per Sabinianorum & Proculianorum diſſenſiones
in incerto poſitum eſſe videbatur? Denique tametſi beneficio Iuſtiniani
non aliter locus eſſe poſſet, quàm ſi ſpecialiter expreſsímque eſſet imploratum,
quid tamen refert an ab initio litis, & ante conteſtationem; an poſteà
imploretur ſi ea beneficij vis & poteſtas eſt, vt vbi ſemel imploratum eſt,
poſſeſſio nunquam amiſſa intelligatur? Quid enim abſurdius, quàm ſi quis
dicat amiſſam fuiſſe reuera poſſeſſionem quandiu beneficium Iuſtiniani im-
ploratum non fuit, deſiiſſe verò amiſſam eſſe ex quo demum tempore fuit im-
ploratum? Quænam obſecro ratio noua hæc eſt amittendæ & recuperandæ
poſſeſſionis? Itaque quod pragmatici ſupponunt, & pro certo habent hy-
pothecariam actionem dari ad auocandam poſſeſſionem debitoris aut eius
qui conuenitur, id verò negandum eſt ſi ſic accipiatur, vt non aliter quàm
contra verum poſſeſſorem hypothecaria exerceri poſſit, & ab eo qui non poſ-
ſidet. Poteſt enim exerceri † etiam à vero poſſeſſore contra nudum detentorẽ
9 qui modò rem reſtituere poſſit, quia non veram poſſeſsionem auocat ex ne-
ceſsitate, ſed corporalem duntaxat, & vt loquuntur, aſininam detentationẽ,
l. ſi cùm venditor 66. ff. de euict. Quanquam ſi vera poſſeſsio penes eum repe-
riatur qui rem detinet, ea quoque per hypothecariam auocatur: ſed id in con-
ſequentiã reſtitutionis quæ cauſſam omnem complectitur, & quicquid pe-
nes reum fuit, potiùs quàm iure & poteſtate actionis. Alioqui ſi poneres
non poſſe creditorem agere hypothecaria quin aduerſarium conſtituat ve-
rũ poſſeſſorem, eo poſſeſsionis genere quod prætor requirit in interdicto
Vt poſſidetis, quomodo Pegaſus loquebatur, quem Vlp. refert *in d. l. officium*,
ſequeretur

ſequeretur creditorem, † qui veram poſſeſſionem habens hypothecariam, inſtitueret contra non poſſidentem, hoc ipſo viſum iri à iure poſſeſſionis ſuæ cecidiſſe, & aduerſarium poſſeſſorem feciſſe, non ſecus ac ſi eam rem à detentore conduxiſſet, quia ſolo animo fieri poteſt vt quis deſinat poſſidere, & alium faciat poſſeſſorem. *l. quod meo 17. cum l. ſeq. in princ. D. de acquir. poſſeſſio.* Vt autem duo ſint in ſolidum eiuſdem rei poſſeſſores, fieri nullomodo poteſt. Atque ita fieret, vt non modò poſt conteſtationem, at ne quidem ante litem conteſtatam licere ei deberet agere de poſſeſſione, quàm vltro & facto proprio amiſiſſet; nec ſi expenſas omnes refundere paratus eſſet. Quid enim habet commune refuſio expenſarum cum acquirenda vel amittenda poſſeſſione? Aut quis admittat poſſeſſionem ſemel amiſſam ſolo animo & nuda volũtate eius qui amiſit recuperari, inſcio adeóque inuito eo qui verus poſſeſſor factus fuit? Concludendum † igitur eſt, ſiue dicas eum qui agit hypothecaria retinere poſſeſſionem quam ante habuit, non debere eum ad ſumptuum refuſionem condemnari ob imploratum beneficiũ Iuſtiniani & clauſulæ conſtituti quaſi mutata actione, cùm nihil ſit quod impediat vtriuſque remedij cumulationẽ (refuſio enim expenſarum non ſolet locum habere niſi cùm ab vna actione tranſitus fit ad aliã quæ cumulari non poſſet, vt tractãt noſtri ad *l. edita. C. de edend.*) ſiue dicas ex contrario eũm qui agit hypothecaria fateri & hoc ipſo facere aduerſarium poſſeſſorẽ, atq; ita propriã poſſeſſionẽ ſi quam habuit amittere, non debere illum audiri ne refuſis quidẽ expenſis, adeóque nec ante litem conteſtatam, ſi ad declinandam exceptionem non factas excuſſionis aut eligere aut cumulare velit actionem de poſſeſſione quam ipſe vltro & ſponte amiſerit. Nec ſolũ ſi de poſſeſſione retinenda velit certare (quod poſt eam amiſſam fieri nullo modo poteſt) ſed etiamſi de ea recuperanda, quia recuperandæ poſſeſſionis ratio nulla ſupereſt neque ciuili, neque prætorio, neque Iuſtinianeo iure ei qui proprio facto deſiit poſſidere. Itaque in vtram ſe partem vertant pragmatici, proculdubio errant, aut nos egregiè fallimur. 10 11

ERROR QVINTVS.

Si poſſeſſio per clauſulam conſtituti quæſita amiſſa ſit ſine facto conſtituentis.

SVMMARIA.

1 Quibus caſibus putent pragmatici locum habere beneficium legis l. vlt. C. de acq. poſſ.

2 Quo caſu locum habeat d. l. vlt. contra pragmaticos.

3 Non poſſe ad eum caſum porrigi Iuſtiniani legem quo ſine dolo, aut culpa eius per quem poſſidebamus, alius inuaſit poſſeſſionem, contra pragmat.

4 Interdictis recuperandæ poſſeſſionis quando non ſit locus.

INTOLERABILIOR hic error eſt & ineptior, quia magis abhorret non tantùm à ratione iuris, quam pragmatici parũ curare ſolent, ſed etiam à verbis Iuſtinianeæ conſtitutionis, quæ pragmaticos feſellit. Nam cùm poſſeſſio † quæ per clauſulam conſtituti quæſita eſt hypothecario creditori, poſſit interuerti duobus modis, vno, ita vt intercedat factum & voluntas debitoris qui ſe alieno nomine poſſidere conſtituit, altero, ita vt etiam inuito debi- 1

tore alius vi aut clam poſſeſſionem inuadat, & debitori creditorique eripiat: putant illi vtroque caſu locum eſſe beneficio legis nouæ, vt creditor hypothecarius ſi id imploret, ius habeat auocandæ & retinendæ propriæ poſſeſſionis quam per conſtitutum nactus fuerat, quaſi nec eam amiſiſſe vnquam
2 videatur. Cùm tamen, ſi Iuſtiniani † verba intuearis, apertiſſimum ſit id vnum Iuſtiniano propoſitum fuiſſe vt vero poſſeſſori faueret ac proſpiceret aduerſus dolum, malignitatẽ, & vt loquitur, machinationem eius per quem poſſideret; & quidẽ vno illo caſu quo is poſſeſſionem dereliquiſſet aut prodidiſſet alij, non etiam tradidiſſet, inque alium tranſtuliſſet quomodo explicauimus *ſuprà cap.2.* Quòd ſi hoc etiam pragmaticis vltro concedam, quod volunt, ad eum quoque caſum Iuſtiniani legẽ pertinere quo poſſeſſio non ſolùm derelicta aut prodita, ſed etiam in alium tranſlata ſit, vt neque tum amittatur,
3 nunquam tamen concedam eò vſque ineptiarum † progredi nos debere vt idem admittamus etiamſi dolus nullus, culpa nulla, factum denique nullum interceſſerit eius cuius fidei cuſtodia poſſeſſionis commiſſa erat. Nihil enim eſt in tota Iuſtiniani conſtitutione quod ad hunc caſum aptari poſſit. Quinimò ſi is ipſe cui commiſſum fuit vt alieno nomine poſſeſſionem adprehenderet tam negligenter in eo verſatus ſit, fortaſſis etiam ſi voles dolo malo vt poſſeſſionem iacere paſſus ſit, non vult Iuſtinianus haberi poſſeſſionem pro adprehenſa, ſed dolum aut negligentiam procuratoris hactenus nocere domino vt nulla ei poſſeſſio acquiratur. Et tamen hac in ſpecie videtur procurator feciſſe contra quam facere debuit hoc ipſo quòd non fecit ea quæ facere debuit, vt habet iuris regula in *l. qui non facit, de regul. iur.* Quanto minus igitur credendum eſt voluiſſe Iuſtinianum tam audacter violare iuris regulas, vt poſſeſſionem quam per alium quis retineret amitti noluerit, tametſi occupata eſſet ab alio citra factum & voluntatem cuſtodis? Cur enim fauorabilior exiſtimetur hoc caſu is qui per alium poſſidet quàm ſi per ſeipſum poſſideret? Alioqui ſanè dicendum erit eadem Iuſtiniani conſtitutione factum eſſe vt hodiè nullo caſu poſſeſſio amitti poſſit, citra voluntatem & factum eius qui antè poſſidebat, atque ita nullum amplius ſupereſſe vſum interdictorum ad reſtitutionem poſſeſſionis pertinentium, quibus ſcilicet locus nullus † eſt cùm facto aut conſenſu ſiue expreſſo ſiue tacito priſtini poſſeſ-
4 ſoris amiſſa eſt poſſeſſio. Quod tamen ex pragmaticis qui dixerit nemo huc uſque tam ſtultus fuit. Frequentiſſimus enim vſus eſt interdictorum recuperandæ poſſeſſionis, præcipuè verò ex pontificio illo *Canone Redintegranda 3. quæſt.1.*

ERROR SEXTVS.

De formula ſententiæ ferendæ pro creditore hypothecario poſſeſſionem propriam auocante ex clauſula conſtituti & beneficio legis vlt. C. de acquir. poſſeſſ.

SVMMARIA.

1 *Vulgaris formula ferendæ ſententiæ pro creditore hypothecario poſſeſſionem auocante ex clauſula conſtituti & beneficio legis vlt. C. de acq. poſſeſſ.*

2 *Cùm hypothecaria exercetur quomodo vulgò ſententia feratur pro creditore.*

3 *Diſputatio autoris aduerſus pragmaticorum propoſitam traditionem.*

4 *Idem*

4 *Idem eſt effectum ſiue creditor manu te-neatur in poſſeſſione rei obligata iure pignoris, ſiue in poſſeſsionem illam inducatur eodem iure.*

5 *Exceptio non facta excuſsionis inducta eſt aduerſus omnes hypothecarios creditores pignoris poſſeſsionem perſequentes.*

6 *Etiam cum imploratur remedium l. vlt. C. de acq. poſſ. actio ſiue in iudicium deducta eſt hypothecaria cenſenda eſt.*

7 *Et conſequenter eo caſu creditor repelli poteſt exceptione non facta excuſsionis.*

8 *Si exceptionem non facta excuſsionis impedit quod is qui agit poſſeſſor eſt, exceptioni locus non foret licèt creditor cum clauſula cõſtituti ageret hypothecaria: & cur.*

9 *Poteſt agi ſimul ad retinendam poſſeſsionẽ ciuilem & adipiſcendam naturalem.*

10 *Qui propriam auocat poſſeſsionem ex l. vlt. C. de acq. poſſ. petere intelligitur corporalem poſſeſsionem quam habet aduerſarius.*

11 *Qui directam rei vindicationem exercet poſſeſsioni ſua renunciaſſe non intelligitur.*

12 *Qui à debitore rẽ pignoratam cum clauſula conſtituti bona fide comparauit dignus videtur qui exceptione non facta excuſsionis gaudere debeat.*

13 *Ordinis exceptio fauore tãtum tertij poſſeſſoris inducta eſt.*

14 *abſurdum eſt metiri fauorem emptoris ex actione creditoris vt faciunt pragmatici.*

15 *Sententia quorundam pragmaticorum de modo actionis & ſententia ferenda quoties poſſeſſor factus ex clauſula conſtituti agit hypothecaria.*

16 *Sententia pragmaticorum refutatio.*

CREDITORE † hypothecario poſſeſſionẽ propriam auocãte 1
ex clauſula cõſtituti & beneficio *legis vlt. C. de acquir. poſſeſſ.* ea
ferẽdæ ſententiæ formula obſeruari à iudicibus ſolet, vt pro-
nũciẽt manutenẽdum eſſe creditorem in pignoris ſui poſſeſ-
ſione, tamdiu eam retenturum iure pignoris & hypothecæ
quãdiu ei plenè & integrè ſatisfactũ non erit. Aliter quã ſer-
uari ſoleat cùm hypothecaria † actio exercetur. Tũc enim iubetur creditor 2
mitti in poſſeſsionem rei obligatæ, non retineri, quia per hypothecariã credi-
tor non ſuam poſſeſsionem auocat, ſed alienam, id eſt eam quæ debitoris fuit
tempore pignoris contracti, & quæ nunc penes eum eſt qui conuenitur ſiue
debitor ille ſit ſiue alius: eáque pragmaticorũ † non inſubtilis, ſi diis placet, 3
diſtinctio & obſeruatio eſt, ridicula ſanè, ac ſibi ipſi repugnãs. Nam ſi effectũ
† ipſũ, vt par eſt, magis quàm vtriuſq; formulæ verba cõſideres, quid obſecro 4
refert an creditor manuteneatur in poſſeſſione rei obligatæ iure ipſo pigno-
ris, an verò in poſſeſſionẽ illã eodẽ iure inducatur? An nõ vtroq; caſu agit tã-
quã creditor hypothecarius & ſiue poſſeſsionẽ, ſiue detẽtionẽ illã quę penes
aduerſariũ fuit, auocat iure hypothecarij creditoris? An non vtriuſq; formulę
idem effectus eſt vt non priùs poſſeſſio ab eo auferri poſsit quàm ipſi fuerit
ſatisfactũ? Quidni ergo vtroq; caſu eadem exceptione repelletur nõ factæ ex-
cuſſionis, cùm ea exceptio † inducta ſit aduerſus omnes hypothecarios credi- 5
tores pignoris poſſeſsionem perſequentes. Reſpondebis fortaſſe, ita demum
exceptioni illi locum eſſe ſi is qui conuenitur reuera poſſideat, & præterea
conueniatur non ſolùm ab hypothecario creditore, ſed etiam hypothecaria
actione: cùm autem creditor propriam poſſeſsionem auocat propter clauſulã
conſtituti ex beneficio *legis vltimæ C. de acquir. poſſeſſ.* actionem exerceri
quidem à creditore hypothecario, ſed non hypothecariam, nec contra poſ-
ſeſſorem, ſed à poſſeſſore aduerſus eum qui non poſſidet, at aſininam duntaxat
detentionem habet. Ego verò aut non intelligo quid tibi velis, aut in ver-
bis ludis, & merè nugaris. Nam fateri † te neceſſe eſt, vel actionem illam quam 6
creditori hypothecario dari vis ad auocãdam propriam pignoris poſſeſſionẽ,
effectu ipſo eſſe hypothecariam, vel ſaltem fieri non poſſe vt vtraque con-
uentio ſubſiſtat, id eſt pignoris, & trãſlatæ per cõſtitutum poſſeſsionis. Siqui-

Digitized by Google

dē contendis,quod & verū eſt,creditorem qui poſt conuentionē de pignore cauit ſibi per clauſulā conſtituti hoc ipſo factū eſſe pignoris poſſeſſorem: nec tamen ius pignoris amiſiſſe,quandoquidem nec pignoris poſſeſſionem habet niſi tanquam pignoris,id eſt quia pignus habet. Quòd ſi hæc non ſunt cōtraria,Creditorē & pignus habere & pignoris poſſeſſionē;cur erunt magis illa cōtraria creditorē & hypothecariā exercere & ſuā pignoris poſſeſſionē tueri? Aut ſi contraria nō ſunt,quidni eadem actione vtrumque contineri poterit, vt & hypothecariam exerceat ex qua parte creditor eſt, & poſſeſionem ſuam retineat ex qua parte poſſeſsor? Quænam verò formula in eam rem aptior excogitari poteſt,hoc eſt ad pignoris & poſſeſſionis iura ſimul vindicanda, quàm ſi creditor per ſimplicem libellum petat ſe manuteneri in rei obligatę poſſeſſione,vt eam pignoris iure retineat? Vides enim hoc caſu agi non modò de poſſeſſione,ſed etiam de iure pignoris, cùm ſi ius pignoris nullū proponeretur, nulla etiam ſubeſſet cauſa retinendæ poſſeſſionis quæ per clauſulā cōſtituti propter ſolū pignus trāſlata fuiſſet. Proinde quatumuis proponas intentatū quod vocāt remediū *legis vltimæ C.de acq. poſſ.* propriámque non alienam poſſeſſionem à creditore auocatam, fateri te oportet nihilominus hypothecariam quoque actionem in iudicium deductā intelligi. Quippe quæ nihil aliud eſt quàm actio de iure pignoris aut quæ propter ius pignoris
7 datur. Cōſequens †igitur eſt vt perinde hoc etiam caſu repellendus ſit credi-
8 tor exceptione non factæ excuſſionis,acſi cōſtituti clauſula in contractu nulla interueniſſet: Aut ex contrario,ſi exceptionem† hanc id impediat quod is ipſe qui agit poſſeſſor eſt,negandum eſt exceptioni locum fore, tametſi per hypothecariam creditor in id ageret, vt in pignoris poſſeſſionem mitteretur: quia æquè verum eſt hoc caſu illum agere qui verè poſſeſſor eſt. Neque enim ex eo quod petit ſe in poſſeſſionē mitti ſtatī poteſt inferri velle ſe priuari commodo poſſeſsionis quam ſibi quæſiuerat per clauſulam conſtituti, cùm & agat ex eo ipſo contractu in quo clauſula illa inſerta eſt, & præterea ad ipſam quoque poſſeſſionē,agat. Ad poſſeſſionem, inquies, adipiſcendā,nō ad retinendā. Fateor,ſed ad adipiſcendā nimirum illam quā non habet,vt eam retinere poſſit quam iam habet,id eſt,vt loquar apertiùs, ad adipiſcendam corporalem illam & aſininam detentionem quæ penes reū eſt, nō verā illā & realē poſſeſſionē tam naturalem quàm ciuilem,quàm à tempore contracti
9 pignoris nactus fuerat per clauſulam cōſtituti. Nihil enim vetat agi ſimul† ad retinendam poſſeſſionem ciuilem & adipiſcendam naturalem, vt Bartolus & alii tractant ad *legem 1. D. vti poſſid.* quoniam per retentionem ciuilis poſſeſſionis ius eſt adipiſcendæ naturalis. Multo igitur magis ei qui non modò ciuilem,ſed etiam naturalem & realem poſſeſsionem iam habet per clauſulam conſtituti,permittendum erit v t ea retenta petat & adipiſcatur aſininam quæ penes aduerſarium reperitur. Nam in contrarium ſimiliter euenit,
10 vt qui propriam† auocat poſſeſſionem ex beneficio *l.vlt.C.de acquir. poſſ.* licèt nihil aliud petat niſi vt in pignoris poſſeſſione retineatur,hoc ipſo tamē petere intelligatur mitti ſe in aſininam illam poſſeſſionē quam habet aduerſarius: alioqui nō poteſt dici quis alius eiuſmodi actionis effectus futurus ſit, quando verum eſt aduerſarium, licèt reuera non poſſideat, tamen aſininam & corporalem habere poſseſſionem, quæ ſola veræ poſſeſſionis totum fundamentum eſt. Quinimò ſtatim atque is qui eo modo rem detinet incipit velle ſibi habere & verū poſſeſſorē prohibere, quamuis nullo iure id

faciat,

facit,tamen incipit proculdubio poſsidere.Ideóque tanquam ſpoliator conueniendus eſt interdictis aut actionibus reſtitutoriis vt poſſeſsionem quam eripuit, reſtituat. Itaque quamuis admitterem quod ſemper negabo, Iuſtiniani conſtitutione factum eſſe, vt hoc etiam caſu poſſeſsio non amittatur, eiúſque retinendæ ius ſaluum ſit veteri poſſeſſori, tamen fatendum eſſet vel inuito Iuſtiniano,aſininam ſaltem poſſeſsionem ei deeſſe, ac proinde reſtitui debere ab eo contra quem agit interdicto retinendæ poſſeſsionis. Et verò ſi is qui directã rei † vindicationem exercet poſſeſsioni ſuæ renunciaſſe 11
non intelligitur,vt ſcriptum eſt in *l.naturaliter 12.§.nihil commune. D.de acq. poſſeſſ.* quanto minus poſſeſsionis propriæ retinendæ animum abieciſſe credendus erit is, qui in id egit vt eam quoque poſſeſsionem quam aduerſarius habuit qualiſcunque illa eſſet nanciſceretur? Quamquam ſi quod res eſt fateri volumus,is qui à debitore rem † comparauit, & ex iuſto titulo habere 12
cœpit,etiamſi verus poſſeſſor non eſſet (eſſe autem non dubito) hoc ipſo tamen quòd aſininam illam poſſeſsionem ex bona fide & cum titulo nactus fuiſſet,non minùs dignus videretur qui exceptione ordinis, & non factæ excuſsionis gaudere deberet quàm ſi verè nec tantùm naturaliter,ſed etiam ciuiliter poſsideret. Cur non enim eodem auxilio ei ſuccurramus qui alioquin idem damnum paſſurus ſit quod pateretur ſi verus poſſeſſor eſſet, meráque hypothecaria conueniretur? Neque enim odio creditoris aut hypothecariæ actionis in[illegible] Iuſtinianus voluit ordinis exceptionem, ſed fauore † tantùm tertij poſſeſſoris, ne poſſeſsio quam haberet qualiſcumque illa 13
dummodò iuſta eſſet, ei eriperetur per creditorem, cui ex aliis bonis debitoris æquè ſatisfieri poſſet. Atqui idem huius emptoris fauor eſt, idémque damnum & incommodum ſi ea re quam bona fide comparauit, carere cogatur vt creditori ſatisfiat. Planéque abſurdum † fuerit metiri fauorem emptoris ex 14
actione creditoris, quomodo pragmatici faciunt qui ordinis exceptionem ei accommodant aduerſus creditorem agentem hypothecaria, licèt poſſeſſorem factum ex clauſula conſtituti, non etiam ſi propriam poſſeſsionem auocet ex beneficio nouæ conſtitutionis, licèt agat tanquam creditor & ad eum finem vt pignoris iure poſſeſsionem illam retineat. Quam ob cauſam & huius abſurdi euitandi gratia,vidi ex pragmaticis † ſubtilioribus nonnul- 15
los,qui eam ſollennem quam diximus ferendæ in hac actione ſententiæ formulam non probarent,ſed dicerent, Ad fugandam non factæ excuſsionis exceptionem de nuda cauſa poſſeſsionis & agendum & pronunciandum eſſe, nulla pignoris facta mentione. Sed næ iſti faciunt intelligendo vt nihil intelligant. Quaſi † verò ius vllum poſſeſsionis habeat creditor tanquam cre- 16
ditor niſi quatenus hypothecarius eſt, & ratione pignoris ita contracti, aut quaſi poſsit ſeparari clauſula conſtituti quæ acceſſoria eſt à pignoris conuentione quæ eſt principalis. Et verò an non in ſententia exprimi neceſſe eſt ius quod modò debitori competit, ſed etiam cuílibet poſſeſſori luendæ poſſeſsionis ſi luere pignus velit oblato omni eo quod victori debetur. Fieri ergo nullomodo poteſt vt de iure pignoris nihil dicatur, & conſequenter vt hypothecariam non exercere videatur qui poſſeſsionem ſiue propriam, ſiue alienam auocat iure pignoratitij creditoris. Nam quemadmodum hypothecaria cumulari poteſt cum interdicto recuperandæ poſſeſsionis vt omnes conſentiunt, ita & cum interdicto retinendæ quoties creditor agens hypothecaria poſsidet, nec hypothecariam exercet niſi vt aſininam auocet deten-

tionem,ſine qua nec fructus ex pignore vllos percipere, nec pignus diſtrahere,vacuámque eius poſſeſsionem tradere poteſt. Quidni verò,cùm & interdicta retinendæ & adipiſcendæ poſſeſsionis cumulari poſsint dummodò ad diuerſas poſſeſsionis ſpecies referantur,vt diximus?

ERROR SEPTIMVS.

De creditore auocante propriam poſſeſsionem implorato beneficio clauſulæ conſtituti,non etiam legis vltimæ C.de acquir.poſſeſſ.

SVMMARIA.

2 *Sententia pragmaticorum de formula concipiendæ actionis qua creditor propriam poſſeſsionem auocat,vt vitetur ordinis exceptio.*

2 *Refutatio ſententiæ pragmaticorum.*

1 VVLGO pragmatici † putant creditorem qui pignoris ſui poſſeſsionem auocare velit à tertio poſſeſſore vt effugiat periculum exceptionis ordinis quæ tertiis poſſeſſoribus accommodatur non ſolùm propriam poſſeſsionem auocare debere implorato in eam rē beneficio clauſulæ conſtituti,ſed etiam obſeruandū id debere,vt beneficiū imploret quod inductū eſt conſtitutione Iuſtiniani in *l.vlt.C.de acq. poſſ.* Sic enim ſentiunt clauſulam conſtituti,licèt proſit ad acquirēdam veram & realem poſſeſsionem, prodeſſe tamen non poſſe ad hoc vt facto debitoris poſſeſsio interuerti non potuerit alienato pignore niſi Iuſtinianeæ quoque legis beneficium imploretur. Et ſanè fatendum eſt ſolam Iuſtiniani conſtitutionē illam eſſe,non dicam quæ hoc ius induxit (neque enim hanc conſtitutionis ſententiam eſſe vnquam admiſero) ſed quæ huic errori ſpecie iuris inducēdo
2 prætextum attulit. Sed † tamen abſurdum mihi ſemper viſum eſt exiſtimare, hanc actionis & formulæ ſollennitatem eſſe neceſſariam, nec ſufficere poteſtatem iuris coniunctam cum voluntate actoris ius ſuum exequentis, & poſſeſsionem ſuam adſerentis. Quid enim refert an expreſsis verbis an facto ipſo imploretur beneficium legis? Annon autem ſatis auxilium legis implorát,qui eo modo agit quo alioquin agere non poſſet? Igitur verius eſt ſi error communis pro iure accipiatur, ſatis eſſe creditori ad ordinis exceptionem declinandam,vt dicat ſe poſſeſſorem per clauſulam conſtituti aut qua alia ratione, contendátque non potuiſſe poſſeſsionem ſuam ſe inſcio interuerti facto debitoris,licèt auxilium *legis vltimæ.Cod. de acquir.poſſeſſ.* nullomodo imploret. Eóque iure iam ferè vtimur.

ERROR VIII.

De acquirenda per conſtitutum poſſeſsione futurorum bonorum.

SVMMARIA.

1 *Valet iure ciuili obligatio omnium bonorum,adbitris & præſentium & futurorum.*

2 *Obligatis indiſtinctè omnibus bonis etiam*

etiam futura obligata intelligantur.

Per clauſulam conſtituti appoſitam in obligatione omnium bonorum acquiritur creditori etiam futurorum poſſeſſio, ſi credimus pragmaticis.

4 *Clauſulam conſtituti prodeſſe quidem ad transferendam poſſeſſionem bonorum præſentium, non etiam futurorum, contra pragmaticos.*

5 *Ita demum prodeſt clauſula conſtituti ſi fuerit præſens & ſciens is cui nomine conſtitutum eſt poſſideri.*

QVEMADMODVM valet † iure ciuili obligatio bonorũ omniũ 1
debitoris, non ſolùm præſentium, ſed etiam futurorum, *l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur* D. *de pignor.* adeóque obligatis † gene- 2
raliter & indiſtinctè bonis omnibus, etiam futura obligata intelliguntur ex Iuſtiniani conſtitutione in *l. vltim. C. quæ res pignor. oblig. poſſ.* Ita receptum eſt à pragmaticis, & inductum à vulgaribus interpretibus iuris, vt per † clauſulam conſtituti quæ generali bonorum omnium obligationi 3
ſubiici ſolet acquiratur creditori poſſeſſio vniuerſorum bonorum non ſolùm quæ debitor eo tempore habuit, ſed eorum etiam quæ poſteà quæſierit, quaſi facta tranſlatione poſſeſſionis ſub illa condicione ſi debitor earum rerum quas nondum habet, ſed tamen habiturus eſt, poſſeſſor quandóque fieret: ſicuti & pignus ipſum ſub ea condicione contractũ intelligitur. Si res illæ peruenient ad dominiũ debitoris, cùm priùs ſit vt res obligata in dominio ſit debitoris, quã vt obligari poſſit *d. §. quod dicitur.* Conſtat enim ſicut pignus ſub condicione acquirendi dominij contrahi poteſt, ita & poſſeſſionem ſub condicione qualibet transferri poſſe *l. qui abſenti 38. §. 1. D. de acquir. poſſeſſ.* Sed vereor † ne hæc dominij & poſſeſſionis comparatio interpretes 4
& pragmaticos fallat, cùm agitur de poſſeſſione per clauſulã conſtituti trãsferenda. Hic enim acquirendæ poſſeſſionis modus licèt habilis ſit ad veram quoque poſſeſſionem acquirendam, tamẽ fictitius eſt, nec tam facilè admittit vt ea ratione poſſeſſio transferatur. Nam vt ſcriptum eſt in *l. quod meo 17.* D. *eod.* cùm quis conſtituit ſe alieño nomine poſſidere, neceſſe eſt vt idipſum priùs ille ſuo nomine poſſideat. Alioqui conſtitutum nullius momenti eſt. Facit autem illa clauſula vt qui poſſidebat deſinat poſſidere, faciátque alium poſſeſſorem: quamquam verò fit vno inſtanti vt & amittat poſſeſſionem & eam in alium transferat, illud tamen non æquè eodem inſtãti fieri poteſt vt & incipiat & deſinat poſſidere. Non enim iuris tantùm ratio, ſed ipſa etiam natura facit vt neceſſe ſit priùs quæſitam eſſe poſſeſſionẽ, quàm amitti poſſit, ſiquidẽ eſſe in rebus omnibus naturalibus, ſicuti primum non eſſe ſequitur, ita præcedit ſecundum. Atqui ſi admittas clauſulam conſtituti nihil operari eo primùm inſtanti quo poſſeſſio rei obligatæ acquiritur ex poſtfacto debitori, illud etiam te fateri neceſſe eſt fieri non poſſe vt vnquam operetur : cũ eo ipſo inſtanti impleatur condicio ſub qua vt poſſeſſio transferretur actum fuit. Eſt enim illud perpetuũ in actibus omnibus qui ſub cõdicione fiunt, vt niſi eo primùm inſtanti quo condicio impletur effectum ipſum producant quem producere poſſent ſi purè facti eſſent, non valeant : quia nec exiſtens condicio quicquam aliud adfert niſi vt purè res acta videatur : contracto nimirum & æſtimato obligationis iure non ex eo tempore quo condicio impletur, ſed quo res geſta eſt ſub condicione vt pluribus explicauimus, *libr. 15. Coniecturar. cap. 6. & 7.* Nec diuerſa ratio eſt poſſeſſionis quæ per veram traditionem transfertur ſub condicione. Nam neque ex ea traditione transferetur poſſeſſio exiſtente licèt poſteà condicione, ſi traditionis tem-

pore is qui tradidit poſſeſſor non fuit: quoniam exiſtens conditio facit duntaxat vt traditio pro purè facta habeatur: Purè autem facta non transferret poſſeſſionem, niſi ab eo facta eſſet qui ipſe tum poſſideret. Nec quod fortaſſis medio tempore vera poſſeſſio quæſita fuit ei qui tradidit, quicquam proderit ad cauſſam transferendæ poſſeſſionis non magis quàm ſi poſt traditionem purè à non poſſeſſore factam poſſeſſio acceſſiſſet. Neceſſe enim eſt, vt & voluntas & poteſtas transferendæ poſſeſſionis eo inſtanti adſit quo traditio fit, ac proinde vt quæſita tradenti poſſeſſio præcedat tranſlationem, quæ fit in accipientem. Porrò conſtitutum vice traditionis eſt, ideóque dicimus quod nec pragmatici negant non aliter ex conſtituto poſſe transferri poſſeſſionem quam ſi conſtituens poſſideat eo ipſo tempore quo conſtituit. Quare nec diſſitebor, poſſeſſionem eo caſu quo conſtituens tempore conſtituti poſſideat, transferri poſſe ſub cōdicione, non ſecus acſi vera traditio facta eſſet. Sed hoc contendo ſiue vera ſiue ficta traditio interceſſerit, non magis ſub condicione acquirendæ poſſeſſionis poſſe transferri poſſeſſionem, quamuis expoſt facto ea poſſeſſio acquiratur conſtituenti, quàm ſi actum fuiſſet, vt pure transferretur per eum qui nondum tunc poſſideret. Contrahendi pignoris longè alia cauſſa eſt. Nihil enim obſtat quominus eodem inſtanti & dominium acquiratur debitori, & pignoris iure obligetur creditori, quia tam dominij quàm pignoris acquiſitio iuris poteſtate fit: Ius autem eodem inſtanti vtrumque commode operatur: Adeò vt quod magis mirum eſt, ſi plures creditores concurrant, quorum alter tacitam hypothecam ex priuilegio habeat, alter non niſi expreſſam, præferatur is qui tacitam habet quaſi cauſſam pignoris præuenerit, vt Papinianus ait in *l. ſi is qui. D. de iur. fiſc.* de cuius ſententia & ratione ſcripſimus *l. 2. Coniect. cap.* 11. At poſſeſſio non transfertur iuris poteſtate, ſed facto hominis, id eſt per traditionem aut quid aliud quod ſit vice traditionis, quoniam tota facti eſt *l. denique* 19. *D. quib. ex cauſ. maior.* Facta autem plura quæ aliquam inter ſe ordinis rationem habent, non poſſunt ad vnum idémque inſtans accommodari, quia natura non niſi in tempore operatur. Itaque concludendum eſt clauſulam conſtituti appoſitam in obligatione bonorum omnium præſentium & futurorum prodeſſe ad transferendam poſſeſſionem bonorum præſentium duntaxat, non etiam futurorum. Obſeruandum autem eſt ita
5 demum † prodeſſe ſi præſens fuerit aut ſciens aut volens is cuius nomine conſtitutum eſt poſſideri. Non etiam ſi fuerit abſens, nec ſi pro eo notarius ſtipulatus ſit, íſque ſtipulationem ratam habuerit, quia non poteſt quæri poſſeſſio, niſi animo & corpore. Vtrumque autem neceſſe eſt interuenire eo ipſo inſtanti quo poſſeſſio ex parte conſtituentis amittitur, vt habiles ſint termini à quo & ad quem nec inhabile medium vllum ſit ad transferendam poſſeſſionem. In quo etiam vulgò à pragmaticis erratur. Sed nos de eo aliàs pluribus.

ERROR NONVS.

De precaria poſſeſsione.

SVMMARIA.

1 Differentia inter precariam poſſeſsionem & eam qua per clauſulam conſtituti acquiritur.

2 Aliter conſulitur ei qui poſsidebat per precarium vbi interuerſa eſt eius poſſeſsio: aliter ei qui per conſtitutum poſſeſſor factus eſt, ex ſententia pragmaticorum.

3 Refellitur pragmaticorum diſtinctio, & oſtenditur beneficium l. vlt. C. de acq. poſſ. ad eos etiam pertinere qui per precarium poſſident.

INTER precariam † poſſeſsionem & eam quæ per clauſu- 1
lam conſtituti acquiritur, multum intereſt. Non enim ſicuti conſtitutum ita & precarium transfert naturalem verámque poſſeſsionem realem, ſed ciuilem duntaxat. Et differentiæ ratio eſt, quoniam qui ſe alieno nomine poſsidere conſtituit hoc ipſo deſinit poſsidere, & aliũ facit poſſeſſorem, vt proximè dicebamus. Proinde transfert eam ipſam poſſeſsionem quam habebat, & qualem habebat, id eſt tam naturalem quàm ciuilem, ſola excepta corporali, & vt vocant, aſinina, quæ cùm tota ex facto & detentione ipſa æſtimetur, remanet penes conſtituentem qui alieno nomine in poſſeſsione eſt. Qui verò fatetur ſe ab alio precario poſsidere, is facit quidem alium poſſeſſorem, ſed ciuiliter tantùm, non etiam naturaliter, quia non deſinit velle poſsidere, ſed eam tamen poſſeſsionem quam retinet, vult ſibi eripi poſſe per eum à quo dixit ſe precariò poſsidere. Sic enim pragmatici noſtri poſt vulgares interpretes ratiocinantur. Recténe an ſecus, alio loco videbimus cùm de naturali & ciuili poſſeſsione latiùs diſſeremus. Hinc autem pragmatici † inferunt, ſi poſſeſsio quam 2
debitor in creditorem hypothecarium transtulerat per precarium ab eo ipſo interuerſa ſit, per alienationem fortaſſe pignoris ſubſecutam, non eodẽ modo conſuli poſſe creditori ad auocandam & aſſerendam poſſeſsionem propriam, quaſi per conſtitutum poſſeſſor factus eſſet. Non enim ipſi competere beneficium conſtitutionis Iuſtinianeæ in *l. vlt. C. de acquir. poſſeſſ.* ſed interdictis reſtitutoriis aut actionibus extraordinariis in locum eorum ſubſtitutis vtendum neceſſariò eſſe, vt amiſſa poſſeſsio repetatur. Mouentur ex eo quòd Iuſtiniani conſtitutio de iis expreſsim loquitur, qui corporalem nacti ſunt poſſeſsionem, id eſt vt illi interpretãtur veram, realem & naturalem. In quo ſanè parum ſubtiliter facere mihi videntur. Nam † cùm id vnum tota illa lege agat 3
Iuſtinianus vt prouideat ne ſemel quæſita poſſeſsio, ex dolo & malignitate eius per quem retinebatur amitti poſsit, cur non eodem iure vtetur is qui per precarium nactus eſt ciuilem poſſeſsionem, vt eam ſibi adſerere poſsit & retinere, quo vteretur ad veram & naturalem poſſeſsionem tuẽdam ſi eam per conſtituti clauſulam nactus eſſet? An ideò fortaſſe quod ciuilis poſſeſsio cùm ſola eſt & ſine naturali, faciliùs amittatur? Imo verò multo difficiliùs amittitur, quia pendet tota ex animo poſsidentis, nec proinde inſcio inuitóque eo poteſt interuerti: Amittitur quidem ſtatim atque deſiit eſſe vtilis & efficax ad naturalem ipſam poſſeſsionem auocandam, vtputà ſi is qui ciuiliter tãtùm poſsidebat ſciens ab alio fuiſſe occupatam naturalem, eam repetere neglexe-

rit vel per triduum ſolùm, aut ſi per decennium naturalem illam poſſeſſionẽ deſeruerit, vt noſtri poſt Bartolum tractant in *l. ſi de eo 40. §. 1. De acquirend. poſſeſſion.* quoniam his caſibus videtur deeſſe animus retinendæ poſſeſſionis, priore quidem caſu propter negligentiam præſentem, poſteriore verò propter obliuionem, quæ ex decennij lapſu præſumitur. Sed quandiu ſupereſt voluntas illa retinendæ poſſeſſionis ciuilis, numquam interrupta, vtique ciuilis poſſeſſio ſalua eſt, nec minùs remedia competunt ad eam retinendam & naturalem adipiſcendam, quàm competerent ad naturalem ipſam aut retinendam aut recuperandam ſi cum ciuili ſimul quæſita fuiſſet. Nam & cùm is qui naturaliter & ciuiliter poſſidebat turbatur in naturali poſſeſſione aut deiicitur, non alia ratione iuuatur interdictis retinendæ aut recuperandæ poſſeſſionis, quàm quia retinet ciuilem, qua amiſſa propter interruptum animũ poſſidendi, nulla profectò naturalis aut retinendæ aut recuperandæ ratio ſupereſſet. Numquam enim ei ſuccurritur qui proprio facto aut voluntate ſua deſiit poſſidere: Nec mouere pragmaticos debuit quod Iuſtiniani conſtitutio eorum perſonas diſertè complectitur, qui corporaliter nacti ſint poſſeſſionẽ. Nam poſterior pars conſtitutionis euidenter demonſtrat ideò pertinere vt ſi is per quem nondum cœpimus poſſidere negligens fuerit in acquirenda poſſeſſione quam ex mandato noſtro nobis acquirere potuit & debuit, noceat nobis ea negligentia, quia facilius illud admitti poteſt vt per alium nobis nihil acquiratur, quàm vt per alium nobis damnum inferatur. Toties igitur Iuſtiniani conſtitutio proderit quoties agetur de retinenda poſſeſſione quæ per alium iam acquiſita & retenta poſtmodum ab eo derelicta aut prodita ſit: nullum enim ex eius dolo & malignitate præiudicium dominio generari oportebit, nec quaſi interpellata poſſeſſione vſucapio quoque interpellata videbitur, quandiu ea poſſeſſio ab alio occupata non erit, quemadmodum in ſuperioribus explicauimus. Cæterum idem obtinebit non ſolùm ſi corporalis & aſinina illa poſſeſſio occupata ſit, ſed & ſi naturalis ciuiliſque poſſeſſio ſine corporali, & conſequenter ſi ciuilis tantùm ſine naturali, nimirum vt ea poſſeſſio quæ iam acquiſita erat ſiue ciuilis tantùm fuit ſiue naturalis & ciuilis, retineatur qualis fuit. Alioqui nec illud erit admittẽdum quod pragmatici tamen omnes fatentur. Prodeſſe Iuſtiniani legem iis etiam qui non niſi per conſtituti clauſulam facti ſint poſſeſſores. Etſi enim verum eſt per conſtitutum transferri poſſeſſionem non modò ciuilem, ſed etiam naturalem, veram & realem, corporalis tamen quæ, vt dixi, nihil niſi aſinina eſt cùm ex corpore tota æſtimetur, non transfertur ſicuti nec per precarium. Itaque quod ad hanc rem pertinet nihil hæc ab illa differt.

ERROR DECIMVS.

Si poſſeſſio per conſtitutum & precarium ſimul translata ſit.

SVMMARIA.

1 *Error notariorum in clauſula conſtituti conceptione translata poſſeſſionis per precarium mentionem cumulantium.*

2 *Fieri*

2 *Fieri non poteſt vt per precarium & conſtitutum ſimul poſſeſſio transferatur.*

3 *Differentia inter conſtitutum & precarium.*

4 *Quæ res poſſidendæ cauſſa coniungantur & eodem iure cenſeantur.*

5 *Si per errorem vtraque clauſula & precarij & conſtituti adhibita ſit, non ideò tranſlatio poſſeſſionis impeditur.*

6 *Differentia obſeruanda in verbis quibus dictæ clauſulæ concipiuntur.*

7 *Notarij non rarò quo magis cumulatis cautionibus cautum alicui volunt, eò plus ei nocent.*

8 *Bonis omnibus alienatis aut obligatis, etiam iura comprehenduntur, ſecus ſi addatur mentio mobilium & immobilium.*

NOTARIORVM † hic error eſt potiùs quàm politorum & 1
verſantium in foro pragmaticorum. Solēt.n.notarij clauſulā
conſtituti ſic concipere : vt qui aliquid ex bonis ſuis alienat
vel obligat,conſtituat ſe eā rem & alieno nomine & precario
poſſidere : nimirum vt & aptiore & certiore modo vtantur
transferēdę poſſeſſionis.Nō animaduertentes fieri non poſſe,vt per precariū
& cōſtitutū ſimul†poſſeſſio trāsferatur,propter diuerſa adeóq; repugnātē v- 2
triuſq; clauſulę rationē.Nā per cōſtitutū,†vt in ſuperiorib.à nobis diſputatū 3
eſt nō modò ciuilis poſſeſſio trāsfertur,ſed etiā naturalis, vera & realis, om-
nis deniq; excepta corporali & aſinina. Per precariū verò ſola ciuilis, rema-
nente naturali & reali penes eū qui precariò poſſidet. Quomodo.n.precariò
poſſideret,ſi nullomodo poſſideret? Enimuerò nō ſicut aliud eſt poſſidere,
aliud nomine alieno poſſidere,vt ait *lex quod meo* 17.D.*de acq.poſſ.* ſimiliter
dici pōt aliud eſſe poſſidere,aliud precariò poſſidere.Quippe poſſidet etiam
ille qui precariò poſſidet quāuis cū hac adiectione precarij:quę adiectio facit
dūtaxat vt ei poſſeſſio ſua prodeſſe nō debeat contra eū à quo poſſidet preca-
riò:quę tamē cōtra alios prodeſt,quēadmodū cōtingit & in violēta & in clā-
deſtina poſſeſſione:quæ vtraque vera poſſeſſio eſt,& ad cauſſam interdicto-
rum vtilis,licèt ſit iniuſta.Solent namq; tres illæ † poſſidendi cauſſæ cōiun- 4
gi eodémque ferè in omnibus iure cenſeri,ſi vi,aut clam, aut precariò poſſi-
deatur.Igitur quemadmodum fieri nō poteſt vt vna eadémq; perſona poſſi-
deat naturaliter,& non poſſideat naturaliter , ita neq; illud admitti, vt clau-
ſulæ conſtituti coniungatur clauſula precarij ad transferendā poſſeſſionem.
An ergo ſi vtraq; † adhibita ſit per errorem & imperitiā ſiue notarij ſiue ſti- 5
pulatoris,tranſlatio poſſeſſionis impedietur?Minimè verò.Abſurdum enim
ſit,& præter contrahentium voluntatem, precarij clauſulam non niſi ex ſu-
perabundanti adiectam quo magis poſſeſſio transferatur , facere quominùs
tranſlata videri poſſit per conſtitutum,quod in eam rem non modò vtile &
efficax eſſe,ſed etiam ſufficere potuit.Nam & dici ſolet in iis quæ diuiduam
& ſeparatam habent rationem vtile per inutile non vitiari *l.placuit* 29.D.*de*
*vſur.*Multum tamen intereſt†quibus verbis clauſula conſtituti ſit concepta. 6
Nam ſi quis,vt plerunque fit,conſtituerit ſe precario poſſidere, nō vtraque,
ſed ſola precarij clauſula interueniſſe videbitur, ſoláque poſſeſſio precaria,id
eſt ciuilis tranſlata : Non item ſi quis conſtituerit ſe ſtipulatoris nomine &
precariò poſſidere:Hîc enim duplex clauſula eſt,cōſtituti prima, precarij al-
tera:& hoc caſu obtinēt quę nunc diximus.Ita fit plerunque †vt notarij quo 7
pluribus verborū ambagibus vtuntur , vt cumulatis cautionibus magis cau-
tum ſit ſtipulatori,ei potiùs noceant,quia vim & ſignificationem verborum

quæ Iureconſultorum propria eſt, non intelligunt. Idem euenit cùm in
obligatione aut alienatione bonorum omnium adiiciunt ne quid prætermi-
8 ſiſſe videantur *tam mobilium, quàm immobilium.* Facit † enim ea adiectio vt
iura & actiones nõ comprehendantur, quia neque mobilium neque immo-
bilium appellatione continentur, licèt adiectum ſit *quorumcumque*, cùm ter-
tiam bonorum ſpeciem conſtituant à mobilibus & immobilibus omnino
diſtinctam & ſeparatam. *l. à Diuo Pio* 15. §. 1. *D. de re iudic.* Propter quã cauſ-
ſam ſi bonorum ſimpliciter & indiſtinctè obligatio aut alienatio facta eſſet,
nemo dubitat quin etiam iura & actiones comprehenderentur. Sanè in pro-
poſita quæſtione De poſſeſſione per conſtitutum & precarium tranſlata ſi
diuerſis temporibus debitor conſtituerit & precariò rogauerit, aliud dicen-
dum erit, atque inſpiciendum, quid priùs factum ſit, Vt quod nouiſſimè fa-
ctum erit, id ſolum obtineat quaſi à priore conuentione receſſum ſit per po-
ſteriorem *l. ſi quis antè conduxit* 10. D. *de acquirend. poſſeſſ.*

ANTONII FABRI IC. DECAS QVINTA.

ERROR PRIMVS.

De creditore hereditario in poſſeſſionem propriam auocante ex clauſula conſtituti pendente inſtantia diſcuſſionis bonorum.

SVMMARIA.

1 *Creditor hereditarius poteſt poſſeſſionem propriam auocare ex clauſula conſtituti pendente inſtantia diſcuſſionis bonorum.*

2 *An in caſu ſuprà poſito neceſſe ſit audiri cæteros creditores.*

3 *Sententia pragmaticorum diſtinctionem hic adhibentium.*

4 *Audiendos eſſe, cæteros creditores, quorum inſtar eſt contra pragmaticos.*

5 *In quæſtione propoſita diſtinctio quorundam refertur & refellitur.*

6 *In ſtellionatum incidit qui rem iam vni obligatam alteri obligat.*

7 *Quo caſu non ſit audiendus heres qui alios creditores vocari petit.*

CONIVNGENDA erunt quæ hoc capite ſcribemus cum iis
quæ ſcripſimus *cap. 1. Decadis ſuperioris.* Solẽt † hypothecarij cre-
1 ditores quorum nomine debitor conſtituit ſe poſſidere, vt ſol-
lennis inuentarij moras & incommoda effugiant, auocare pro-
priam poſſeſſionem ex clauſula cõſtituti, in eámque rem implo-
rare beneficium conſtitutionis Iuſtinianeæ *in l. vlt. C. de acquir. poſſeſſ.* Ita e-
nim aſſequuntur vt dilata quæſtione de crediti iure & ordine, in id vſque
tẽpus quo de creditorũ omniũ & legatariorũ actionibus vno eodémque iu-
dicio cognoſci & pronũciari poſſit, interea retineãt poſſeſſionẽ quã ſibi per
debitoris cõſtitutũ acquiſierũt. Et quidẽ optimo iure, quia cùm ea poſſeſſio
per clauſulã cõſtituti trãſlata fuerit à debitore viuo in creditorem, nõ poteſt
videri

Digitized by Google

videri hereditaria. Siquidem hereditarium id dicimus quod mortuo teſtatore in eius hereditate reperitur. Reperiri autem in hereditate & poſt mortem non poteſt quod ipſe dum viueret alienauit. Porrò illud conſtat beneficium inuẽtarij non pertinere niſi ad cauſam hereditatis, & rerum hereditariarum, nec proinde in aliis rebus aut iuribus non hereditariis prodeſſe heredi debere. Itaque ſi creditorem ſic agentem velit heres ea exceptione ſummouere, quòd iam cœpta ſit inſtantia diſcuſſionis bonorum defuncti in qua de creditorum omnium iure ſimul & ſemel diſceptari oporteat, non eſt audiendus. Nihil enim commune habet cauſſa poſſeſsionis cum iure pignoris, niſi hactenus vt ſi ex poſtfacto appareat creditorem hunc aut verum creditorem non fuiſſe, aut poſteriorem eſſe aliis creditoribus quibus non aliter quàm ex huius rei precio ſatisfieri poſſit, præualere debeat ius pignoris, nihilque huic conſtituario proſit poſſeſsio quæ nuda eſt, id eſt pignoris iure & priuilegio deſtituta. Illa tamen emergit plerumque dubitatio, † an cum hoc actionis 2 genere creditor ſibi proſpicit, vocandi ſint & audiendi cæteri creditores quorum poteſt intereſſe, quemadmodum vocandi eſſent & audiendi ſi pendente diſcuſsionis inſtantia prouiſionalis, & vt loquuntur, fiduciaria adiudicatio peteretur. Et pragmatici putant, † audiri quidem eos debere ſi interueni- 3 re velint: ſed ſi vltro ſe non offerant, non poſſe moram fieri ab herede creditori qui nihil niſi propriam poſſeſsionem, quæ ampliùs hereditaria non eſt auocare velit. Ne alioqui eueniat vt parùm ei proſit quod habeat pro ſe clauſulam conſtituti, quódq; de nuda poſſeſsione agat nõ etiã de pignoris ſui iure. Præſertim verò ſi offerat ſatiſdationem de pignore cuius poſſeſſionem auocat, in corpus hereditatis reponẽdo, ſi quando ita fieri debere iudex arbitrabitur, vt creditoribus omnibus ex rerum hereditariarũ diſtractione ſatiſfiat. Quod tamen cuiuſmodi ſit, non facilè poſſum intelligere. Nam cùm per conſtitutum † non aliter poſsit transferri poſſeſsio, quàm ſi eo tempore poſſi- 4 deat is, qui ſe cõſtituit alieno nomine poſsidere, vt omnes conſentiunt, quomodo fieri obſecro poteſt vt ſciat an defunctus eo tempore poſſederit, niſi auditis creditoribus cæteris omnibus hypothecariis? Quid enim ſi quis ex iis anterior tempore per ſimilem cõſtituti clauſulã poſſeſſor factus reperiatur? Apparebit vtique nullius momẽti eſſe poſſe conſtitutũ ab eo poſteà factum qui ampliùs nõ poſſidebat: ideóq; fruſtra & nullo iure auocari per iſtũ poſſeſsionem, quã dicere ſuam non poſsit, quámq; nunquã habuerit: Atqui, inquies, nihil intereſt heredis an hic aut ille creditor poſsideat, cùm nõ eo magis futurus ipſe ſit poſſeſſor eius rei quã defunctus per cõſtituti clauſulã deſierat poſſidere. Sicut & ex contrario nihil intereſt creditoris anterioris poſſeſsionem ex clauſula cõſtituti habentis an poſterior hic creditor ex ſimili clauſula poſſeſsionem ſibi adſerat, an ea poſſeſsio penes heredẽ remaneat, quã diu ipſe ius ſuum non exequitur, cùm, ſi poſteà exequi volet, perinde ſit ille poſſeſsionem ſuam à creditore ipſo, atque ab herede auocaturus, nulla ſcilicet ei obſtatura exceptione de re inter alios ſe inſcio iudicata. Verùm reſpondeo imò quàm maximè intereſſe heredis ne ſibi poſſeſsio pignoris per eum auferatur, qui auferendi ius nullum habeat, cùm eo ſummoto futurum ſit vt corporalis poſſeſsio pignoris maneat in hereditate, nec eam creditor anterior tam citò fortaſsis auocet, qui auocare ſi vellet poſſet. Finge eſſe illũ heredi amiciorem neq; tã importunũ creditorem, qui forſitã ſciat nõ poſſe ſe periclitari quòd ſit ex anterioribus, quiq; poſſeſsionẽ ſitã penes heredem eſſe malit, quàm penes

alium cũ nq; poſteriorem creditorem: nã & id malle credendus vtique eſt, quandiu poſſeſsionem quã ab herede auocare ſi vellet, poſſet, patitur manere penes heredem. Et ſane licèt verum ſit æquè bonã actionem habiturũ cũ cõtra creditorem poſteriorem ac contra heredem ipſum, ſiue creditor poſterior ſiue heres poſsideat, fatendum tamen eſt multo faciliorem & expeditiorem fore perſecutionẽ ſi cõtra heredẽ aget quàm ſi cõtra creditorẽ, quia nihil omnino habet quod obiicere poſſit heres veri debitoris aduerſus creditorem: Alius verò creditor quãuis poſterior nõ tã facilè poſſeſsionẽ quoquo iure quæſitã ſibi eripi patietur, quia neq; debitor ipſe eſt, neq; debitoris heres, ob ídq; fauorabilior exiſtimatur: cúmq; creditor anterior aduerſus heredẽ agẽs nihil aliud probandum habeat niſi quòd ſi creditor, ſi agat aduerſus alium creditorem quãtumlibet poſteriorem, cogetur probare ſe nõ tãtùm creditorem eſſe, ſed etiã anteriorem, adeóq; quod non ſemper conſequens eſt, potiorem, quia fieri nonnunquã poteſt vt qui tempore poſterior eſt, potior tamen ſit iure, habeátq; ex cauſa fauoréq; debiti ius prælationis. Sed & creditoris anterioris aliunde intereſt vt contra heredem agat potiùs quàm contra creditorem poſteriorẽ qui ex iudicato poſſeſſor factus ſit, quoniã poſſeſsio quæ per cõſtitutũ quæſita fuerat non poteſt videri per ſolã debitoris mortem interuerſa, ideóque nec dubitatio vlla eſt quin poſsit creditor ſe dicere poſſeſſorem inuito etiam herede: nec neceſſe habeat implorare beneficiũ *legis vl. C. de acq. poſſ.* v ſeq. cap. dicemus: Alio autẽ facto poſſeſſore, præſertim creditore, & quidem per iudicem, fieri non poteſt quin anterioris creditoris poſſeſsio interuertatur, niſi beneficium Iuſtiniani imploretur, ac proinde minùs tutus eſt creditor anterior agens contra poſteriorem, quippe qui cautiùs agere cogitur, & quaſi ſollennem actionis formulam proponere, etiam poſt ſublatas formularũ & actionũ ſollẽnitates, ne perperã egiſſe videatur, ſi pragmaticis credimus, qui putant creditori hypothecario, ſi de iure pignoris agere malit quàm de poſſeſsione, nihil prodeſſe clauſulã cõſtituti, vt retulimus *Decade ſuperiore cap.* 4. Quæ cũ ita ſint negari nõ poteſt quin creditorũ anteriorũ interſit ne quicquã inauditis iis decernatur in fauorẽ poſterioris, qui ex clauſula cõſtituti adſerat ſibi communis pignoris poſſeſsionẽ. Imò intereſt etiã poſteriorũ propter ſumptus quos ab anteriore creditore fieri neceſſe eſt pro poſſeſsione pignoris conſequenda. Emolumentũ. n. illud quod Principi pẽditur pro iudicato, nõ minùs debetur ob auocatã ex conſtituto poſſeſsionẽ, quam ſi de iure crediti & hypothecæ actũ eſſet: quoniã adiudicatio illa poſſeſsionis includit adiudicationẽ quandam crediti tanquã in neceſſariũ antecedens, cùm clauſula cõſtituti ſit acceſſoria ad obligationẽ principalẽ, nec ius vllũ habeat creditor auocãdæ poſſeſsionis pignoris, niſi quatenus & creditor, & hypothecarius eſt. Sumptus autẽ illos quicunq; à creditore prorogati ſunt, ei reſtitui, atque ex hereditate indẽnitatẽ præſtari iuſtiſsimũ certè eſt, ne quam crediti iacturã & diminutionẽ patiatur. Ita fit vt hereditas ipſa diminuatur, fiátq; deterior cauſſa creditorũ poſteriorũ ſi hereditas iam alioqui ſuſpecta ſoluẽdo nõ ſit. Atqui bonus iudex id agere quantũ poteſt debet, vt creditoribus omnibus etiã chirographariis, adeóq; legatariis & fideicõmiſſariis ſatis fiat, nec inanibus aut nõ neceſſariis ſumptibus hereditas oneretur. Nõ ergo facilè debet in eã deſcẽdere ſentẽtiã, vt creditorẽ qui ex cõſtituto poſſeſsionẽ ſuã auocat, audiendũ putet, niſi auditis etiam ceteris, quorum videat intereſſe: Quare nec di-
5 ſtinctio † illa placere poteſt, quã à nõnullis inductã ſcio, An heres mala mente

negli

negligentiùs verſetur in proſequẽda diſcuſsionis bonorũ inſtantia,nécne: vt
priore caſu in pœnã negligentiæ poſſeſſio corporalis ei auferatur: poſteriore
non itẽ.Poſſet.n.ea diſtinctio rationẽ aliquã habere,ſi heredis dũtaxat,nõ e-
tiã creditorũ intereſſet.Sed cũ intereſt creditorũ,vt oſtẽdimus,nõ eſt permit-
tẽdũ vt ijs noceat negligẽtia dolúſue heredis: potiúſq;arctari debet creditor,
vt alios creditores in ius vocari & aſciri curet,ne ſibi longior mora fiat, &
qui idẽ propter ſumptib',poſtmodũ ab hereditate repetitur',ſi cõperiatur iu-
ſtã agẽdi cauſã.i.poſſeſſionẽ ex cõſtituto anteriore quęſitã habuiſſe. Nec eſt
quod quis dicat,ſatisdationis remedio ſatis conſultũ iri,& heredis & credito-
rũ omniũ indẽnitati.Non.n.ſatiſdatio hæc in eã rẽ præſtatur,vt ſi quid ex he-
reditate per huiuſmodi actionẽ imminutũ ſit,id à creditore ſarciatur,ſed tãtũ
vt ſi vel nihil vel minus ei debitũ eſſe poſteà cõſtiterit,nec rẽ illã exhibeat cu-
ius auocat poſſeſſionẽ,præſtetur quãti intereſt heredis & creditorũ auocatam
nõ eſſe poſſeſsionẽ.Itaq; ſi verus & legitimus creditor reperiatur,nulla præ-
ſtitæ ſatiſdationis vtilitas eſt,nec ſi alij ſint anteriores creditores ęquè per cõ-
ſtitutum facti poſſeſſores,dũ res ipſa cuius poſſeſſio fuerat auocata,cũ fructib.
inde perceptis reſtituatur. Nec eo minùs tamẽ diminuitur hereditas per ſum-
ptus à creditoribus factos ad auocandã ex ordine nunc ab hoc per illũ, nunc
ab illo per aliũ poſſeſſionẽ. Niſi fortè quis inducendũ putet, vt huiuſmodi
ſumptuũ repetitio nulla ſit dãnóq; potiùs cedãt eorũ qui malè & ſine cauſſa
litigarunt. Sed tamẽ non poteſt id ex iuris ratione defendi,cũ tãto magis im-
putandũ ſit defuncto debitori,quanto plures ſunt creditores quorum no-
mine conſtituit ille ſe poſſidere eã rem,cuius non niſi vnũ potuit facere poſ- 6
ſeſſorem.Nam & in ſtellionatũ † incidit hoc ipſo quod rem iam vni obligatã
alteri obligauit,nec præmonuit alteri eſſe obligatam *l.& quæ nondum* 15.§.*qui
res ſuas D.de pign.l.*3.*D.de crim.ſtellionat.*Planè ſi creditor † qui agit ante alios 7
eã offerat condicionem vt nequid præiudicij ex ea actione cæteris creditori-
bus & legatariis aut fideicommiſſarijs inferatur, nec eorũ periculo hereditas
diminuatur,in eámq; cauſſam ſatiſdare paratus ſit,vix eſt vt audiendus ſit he-
res iam negligens & morator, ſi quò longiorẽ creditori moram inijciat,alios
creditores vocari petat vt ipſis auditis de crediti & conſtituti iure cognoſca-
tur.Sufficit.n.vt indemnes ſeruentur ij quibus nihil imputari poteſt,parúm-
que curãdũ eſt quid damni poſsit emergere ei cuius culpa aliqua dolúſue in-
terceſſit, quia nec damnum vllum ſentire videtur,vt eſt in iuris regula.Lo-
quor de herede qui iam ſit in mora & culpa,quoniã alioqui non minor he-
redis quàm creditorũ ratio habenda eſt,ne quid ex hereditate diminuatur.
Cùm quicquid ex bonis hereditarijs ſupererit poſt dimiſſos creditores lega-
tarios & fideicommiſſarios omnes, id ille totum habiturus ſit,ſuo iure;niſi
hoc ipſum fortaſſe velis ei imputare, quòd inuentarij beneficium agnouit:
quod tamen non niſi abſurdè facere poſſis. Non.n. dolo facit qui iure com-
muni vtitur,extra quam ſi ponas tam euidenter locupletẽ eſſe hereditatem vt
inuentarij conficiendi probabilem cauſſam aliam nullam habere heres po-
tuerit,niſi vt in creditorum & legatariorum necem beneficio legis abutere-
tur.Alioqui ſanè interest heredis,nec minùs cùm de pignoris poſſeſsione agi-
tur quàm ſi de iure ipſo crediti & hypothecariæ actionis tractaretur: quia
licèt poſſeſſio per conſtituti clauſulam à viuo debitore tranſlata, non ſit he-
reditaria,tamen res ipſa hereditaria eſt cuius poſſeſſio auocatur, tantundem-
que incommodi accedit heredi,quantum ſi nullâ poſſeſſione tranſlatâ,res i-

Digitized by Google

pſa per hypothecariam euinceretur: Quo caſu minùs dubito quin verum ſit quod primo ſuperioris decadis capite probaui, non niſi auditis creditoribus legatariis, & fideicommiſſarijs omnibus adiudicationem vllam faciendã eſſe, vel ob hoc ipſum ne lite pendente laceretur hereditas multiplicatis adiudicationibus, & quod eſt conſequens, diſtractionibus rerum hereditariarum. Neque.n.eorum ſententiam probamus, qui creditori propriam ex conſtituti clauſula poſſeſſionem auocanti hactenus indulgent, vt retinendæ poſſeſſionis duntaxat, non etiam diſtrahendæ rei habeat facultatem. Contra quos diſputabimus infr.cap.3.

ERROR II.

De eo qui ad propriam poſſeſſionem tuendam implorat beneficium legis vlt.C.de acquir poſſ.*etiam contra heredem debitoris.*

SVMMARIA.

1 *Etiam aduerſus heredem debitoris eiuſdẽque conſtitutoris volunt pragmatici implorandũ eſſe beneficium l.vlt.C.de acq.poſſ.ab eo qui propriam poſſeſſionem tueri vult.*

2 *Dicta ſententia refutatio.*

3 *Sabinianorum & Proculianorum diſſenſio.*

4 *Facto potiùs quàm fato cuſtodis amitti poſſeſſionem cur exiſtimarint Sabiniani.*

5 *Exponitur l.ſi de eo §.1.D.de acq.hered.*

6 *Per aditionem hereditatis non amittitur poſſeſſio quæſita per conſtitutum.*

7 *Conſtitutum non finitur morte conſtituentis, ſed tranſit in heredem.*

1 VSQVE adeò inualuit † apud nos error pragmaticorũ exiſtimãtium nõ ſufficere creditori propriã poſſeſſionẽ auocãti à detẽtore quòd per clauſulã conſtituti aut qua alia ratione poſſeſſionem nactus ſit, niſi etiam imploret auxilium Iuſtinianeæ conſtitutionis *in l.vl.C.de acq.poſſ.* Vt idẽ quoque admittendum putent etiamſi de poſſeſſione agatur aduerſus heredem debitoris
2 eiuſdémque conſtitutoris. Quæ ſententia † pugnat euidẽter cum iuris ratione.
3 Etſi.n.diſſenſio † vetus fuit inter Proculianos & Sabinianos in quæſtione illa, Vtrum poſſeſſio noſtra amittatur facto eius per quem poſſidebamus ſi is poſſeſſionem dereliquerit vel prodiderit animo deſinendi poſſidere, Sabinianis exiſtimantibus poſſeſſionem amitti etiam priùs quàm ab alio eſſet occupata, Proculianis verò contrà negantib. niſi poſſeſſionẽ alius occupaſſet *l. cum quis* 31.D.*de dolo.l.ſi de eo.*40.*§.1.ff.de acq.poſſ.* quorũ ſententiam Iuſtinianus præualere voluit *in d.l.vlt.*C.*eo.* Tamen decedente eo qui cuſtos erat noſtræ poſſeſſionis nec Sabiniani ipſi negarunt manere nos poſſeſſores in id vſque tempus quo poſſeſſionem noſtram adipiſci negligeremus, vt Africanus fatetur in *d.l.ſi de eo.§.1.* quia non ſicut derelinquentis aut prodentis poſſeſſionem, ita morientis coloni aut procuratoris voluntas eſt vt poſſeſſionẽ amittamus licèt
4 re vera deſinat poſsidere. Viſumq; eſt probabilius Sabinianis † vt facto quã vt fato cuſtodis poſſeſſio amittatur. An quod ea poſſeſſionis noſtrę cuſtodia quã colonus aut procurator habuit in heredẽ eius continuetur? Minimè. Nã neq; in heredẽ veri poſſeſſoris tranſit poſſeſſio rerũ hereditariarũ, licèt omnia defuncti iura in heredẽ tranſeant *l.cũ heredes* 13.*eo.de quo dicemus infr.cap.*3. Multò minùs autẽ dicendũ ſit alienæ poſſeſsionis cuſtodiã ei creditã, cuius fides & induſtria electa fuit, tranſire in heredẽ, cui nihil creditũ poſſeſsor velit: ſed poſſeſſionem

Digitized by Google

poſſeſſionem quādiu ab alio occupata nō eſt, retineri dicimus etiā poſt mortem eius per quem poſſidebamus, quia neq; noſtrū, neq; ipſius factū vllū interceſſit per quod amitti poſſeſſio potuerit. Sicut. n. poſſeſſio ſine animo & corpore nō acquiritur, ita nec niſi vtroq; cōcurrente amittitur, *l. quẽadmodu. 8. eo.* Nec quod is per quem poſſidebamus moriendo deſinit re vera poſſidere, poteſt facere vt noſtra quoq; poſſeſſio interpelletur, quia nō tã poſſidebat ille, quàm in poſſeſſione erat noſtro nomine: poſſidēdi autē animus etiā poſt eius mortem in nobis ſupereſt, iſq; efficax ad retinendā poſſeſſionem quādiu alius nemo eſt qui poſſeſſionis controuerſiā facere nobis velit, id eſt, quandiu ab alio non eſt occupata. Propter quam cauſſam ſic Africanus† loquitur in *d. l. ſi de eo. §. 1.* vt cū poſſeſſionē interpellari neget, eam tamen a domino adipiſcendā nō retinendā dicat. Ita nāq; ſcribit *non ſtatim dicēdū eā interpellari, ſed tunc demū cùm dominus poſſeſsionē adipiſci neglexerit.* Nimirum quia licèt verū 5
ſit non deſiiſſe nos poſſidere, verum tamen eſt corporalem illā poſſeſſionem quę cuſtodi commiſſa fuerat, iacère poſt eius mortem, & in eo eſſe vt occupari à quocunq; poſſit, & cōſequēter etiam à nobis ipſis, qui ſi eam adprehendere negligamus, tū demū verò poſſidere deſinimus. Poſſeſsio .n. quæ ſolo animo retinetur ſicuti quādiu durat prodeſt ad adipiſcendam aut recuperandā corporalem, ita per negligentiā amittitur ſi poſſeſſor ex quo ſciuit amiſſam corporalem eiúſq; adprehēdēdæ poteſtatē ſibi ſaluā eſſe, adprehēdere illā neglexit: quod modici temporis interuallū licèt intellectu magis percipi quàm verbis exprimi poſſit, vt in *l. quo enim 12. §. Iulianus ait. D. rat. rem habe.* tamen ab interpretibus noſtris triduo cōcluditur. Notādúſq; eſt ille Africani locus cōtra eos qui negāt interdicta rétinendæ & adipiſcendæ aut recuperādæ poſſeſſionis cōcurrere poſſe. Tā. n. id facile eſt quàm vt is cuius poſſeſſio interpellata nō eſt, nihilominus poſſeſſionem adipiſci & poſſit & debeat: Relatione.ſ. facta ad diuerſas ſpecies poſſeſſionis. Quò etiā pertinet quod dici ſolet poſſeſſionē adeptū eū nō videri qui ita nactus eſt vt eam retinere non poſsit. *l. non videtur 22. D. eo. ti. de acq. poſſ.* Itaq; cū Iuſtiniani cōſtitutio in *d. l. vl. C. de acq. poſſeſſ.* eò pertineat vt poſſeſſio non intercidat, quæ alioqui ex Sabinianorum ſententia, meo quidem iudicio veriore amitteretur, non eſt quod eius poteſtatem inducamus illo etiam caſu quo certum ſit & extra controuerſiam, non amitti poſſeſſionem. Dices †fortaſſe ſententiam illam cōſentientem quam referimus Sabinianorum & Proculianorum quæ negat amitti poſſeſſionem 6
morte eius per quem retinebatur, ita demum veram eſſe ſi poſſeſsio illa maneat in hereditate & quandiu manet in hereditate, non etiam ſi ab alio ſit occupata, quemadmodum Africanus ſupradicto loco tractat. Adita igitur hereditate ſicut deſinit hereditas eſſe, fitque patrimonium heredis: Ita poſſeſſionem amitti quaſi ab herede ipſo vt ab alio quolibet occupatam. Sed non ita eſt. Nam quemadmodum hereditas, ſic heres defuncti perſonam repræſentat, multóque aptiùs quàm hereditas quod ad poſſeſſionē pertinet, quia cùm poſſeſsio facti ſit, hereditas quæ nihil niſi nomen iūris eſt, poſſidere ipſa non poteſt: Indéque euenit vt quamuis noua poſſeſsio ſit quam heres habet, quia tamen habet eam occaſionē ſi non iure hereditatis, defuncto potiùs quàm extraneo poſſeſſori comparari debeat, ob idque non magis mutare ſibi poſſit cauſſam poſſeſsionis, aut, vt meliùs dicam, interuertere domini poſſeſsionem, quàm defunctus ipſe potuiſſet. Alioqui dicendum eſſet, poſſeſsionem quæ per conſtitutum tranſlata eſſet amiſſam iri ſtatim atque conſtituentis hereditas

adita,

pore is qui tradidit poſſeſſor non fuit: quoniam exiſtens conditio facit duntaxat vt traditio pro purè facta habeatur: Purè autem facta non transferret poſſeſſionem, niſi ab eo facta eſſet qui ipſe tum poſſideret. Nec quod fortaſſis medio tempore vera poſſeſſio quæſita fuit ei qui tradidit, quicquam proderit ad cauſſam transferendæ poſſeſſionis non magis quàm ſi poſt traditionem purè à non poſſeſſore factam poſſeſſio acceſſiſſet. Neceſſe enim eſt, vt & voluntas & poteſtas transferendæ poſſeſſionis eo inſtanti adſit quo traditio fit, ac proinde vt quæſita tradenti poſſeſſio præcedat tranſlationem, quæ fit in accipientem. Porrò conſtitutum vice traditionis eſt, ideóque dicimus quod nec pragmatici negant non aliter ex conſtituto poſſe transferri poſſeſſionem quam ſi conſtituens poſſideat eo ipſo tempore quo conſtituit. Quare nec diffitebor, poſſeſſionem eo caſu quo conſtituens tempore conſtituti poſſideat, transferri poſſe ſub cōdicione, non ſecus acſi vera traditio facta eſſet. Sed hoc contendo ſiue vera ſiue ficta traditio interceſſerit, non magis ſub condicione acquirendæ poſſeſſionis poſſe transferri poſſeſſionem, quamuis expoſtfacto ea poſſeſſio acquiratur conſtituenti, quàm ſi actum fuiſſet, vt purè transferretur per eum qui nondum tunc poſſideret. Contrahendi pignoris longè alia cauſſa eſt. Nihil enim obſtat quominus eodem inſtanti & dominium acquiratur debitori, & pignoris iure obligetur creditori, quia tam dominij quàm pignoris acquiſitio iuris poteſtate fit: Ius autem eodem inſtanti vtrumque commodè operatur: Adeò vt quod magis mirum eſt, ſi plures creditores concurrant, quorum alter tacitam hypothecam ex priuilegio habeat, alter non niſi expreſſam, præferatur is qui tacitam habet quaſi cauſſam pignoris præuenerit, vt Papinianus ait in *l. ſi is qui. D. de iur. fiſc.* de cuius ſententia & ratione ſcripſimus *l. 2. Coniect. cap. 11.* At poſſeſſio non transfertur iuris poteſtate, ſed facto hominis, id eſt per traditionem aut quid aliud quod ſit vice traditionis, quoniam tota facti eſt *l. denique 19. D. quib. ex cauſ. maior.* Facta autem plura quæ aliquam inter ſe ordinis rationem habent, non poſſunt ad vnum idémque inſtans accommodari, quia natura non niſi in tempore operatur. Itaque concludendum eſt clauſulam conſtituti appoſitam in obligatione bonorum omnium præſentium & futurorum prodeſſe ad transferendam poſſeſſionem bonorum præſentium duntaxat, non etiam futurorum. Obſeruandum autem eſt ita
5 demum † prodeſſe ſi præſens fuerit aut ſciens aut volens is cuius nomine conſtitutum eſt poſſideri. Non etiam ſi fuerit abſens, nec ſi pro eo notarius ſtipulatus ſit, iſque ſtipulationem ratam habuerit, quia non poteſt quæri poſſeſſio, niſi animo & corpore. Vtrumque autem neceſſe eſt interuenire eo ipſo inſtanti quo poſſeſſio ex parte conſtituentis amittitur, vt habiles ſint termini à quo & ad quem nec inhabile medium vllum ſit ad transferendam poſſeſſionem. In quo etiam vulgò à pragmaticis erratur. Sed nos de eo aliàs pluribus.

ERROR

ERROR NONVS.

De precaria poſſeßione.

SVMMARIA.

1 Differentia inter precariam poſſeßionem & eam quæ per clauſulam conſtituti acquiritur.

2 Aliter conſulitur ei qui poßidebat per precarium vbi interuerſa eſt eius poſſeßio: aliter ei qui per conſtitutum poſſeſſor factus eſt, ex ſententia pragmaticorum.

3 Refellitur pragmaticorum diſtinctio, & oſtenditur beneficium l. vlt. C. de acq. poſſ. ad eos etiam pertinere qui per precarium poßident.

INTER precariam † poſſeſsionem & eam quæ per clauſulam conſtituti acquiritur, multum intereſt. Non enim ſicuti conſtitutum ita & precarium transfert naturalem verámque poſſeſsionem realem, ſed ciuilem duntaxat. Et differentiæ ratio eſt, quoniam qui ſe alieno nomine poſſidere conſtituit hoc ipſo deſinit poſſidere, & aliū facit poſſeſſorem, vt proximè dicebamus. Proinde tr anſfert eam ipſam poſſeſsionem quam habebat, & qualem habebat, id eſt tam naturalem quàm ciuilem, ſola excepta corporali, & vt vocant, aſinina, quæ cùm tota ex facto & detentione ipſa æſtimetur, remanet penes conſtituentem qui alieno nomine in poſſeſsione eſt. Qui verò fatetur ſe ab alio precario poſsidere, is facit quidem alium poſſeſſorem, ſed ciuiliter tantùm, non etiam naturaliter, quia non deſinit velle poſsidere, ſed eam tamen poſſeſsionem quam retinet, vult ſibi eripi poſſe per eum à quo dixit ſe precariò poſsidere. Sic enim pragmatici noſtri poſt vulgares interpretes ratiocinantur. Recténe an ſecus, alio loco videbimus cùm de naturali & ciuili poſſeſſione latiùs diſſeremus. Hinc autem pragmatici † inferunt, ſi poſſeſsio quam debitor in creditorem hypothecarium tranſtulerat per precarium ab eo ipſo interuerſa ſit, per alienationem fortaſſe pignoris ſubſecutam, non eodē modo conſuli poſſe creditori ad auocandam & aſſerendam poſſeſsionem propriam, quaſi per conſtitutum poſſeſſor factus eſſet. Non enim ipſi competere beneficium conſtitutionis Iuſtinianeæ in *l. vlt. C. de acquir. poſſeſſ.* ſed interdictis reſtitutoriis aut actionibus extraordinariis in locum eorum ſubſtitutis vtendum neceſſariò eſſe, vt amiſſa poſſeſsio repetatur. Mouentur ex eo quòd Iuſtiniani conſtitutio de iis expreſsim loquitur, qui corporalem nacti ſunt poſſeſsionem, id eſt vt illi interpretātur veram, realem & naturalem. In quo ſane parum ſubtiliter facere mihi videntur. Nam † cùm id vnum tota illa lege agat Iuſtinianus vt prouideat ne ſemel quæſita poſſeſsio, ex dolo & malignitate eius per quem retinebatur amitti poſsit, cur non eodem iure vtetur is qui per precarium nactus eſt ciuilem poſſeſsionem, vt eam ſibi adſerere poſsit & retinere, quo vtetur ad veram & naturalem poſſeſsionem tuēdam ſi eam per conſtituti clauſulam nactus eſſet? An ideò fortaſſe quod ciuilis poſſeſsio cùm ſola eſt & ſine naturali, faciliùs amittatur? Imo verò multo difficiliùs amittitur, quia pendet tota ex animo poſsidentis, nec proinde inſcio inuitóque eo poteſt interuerti: Amittitur quidem ſtatim atque deſiit eſſe vtilis & efficax ad naturalem ipſam poſſeſsionem auocandam, vtputà ſi is qui ciuiliter tātùm poſsidebat ſciens ab alio fuiſſe occupatam naturalem, eam repetere neglexe-

rit vel per triduum ſolùm,aut ſi per decennium naturalem illam poſſeſſionē deſeruerit,vt noſtri poſt Bartolum tractant in *l. ſi de eo 40.§.1. De acquirend. poſſeßion.* quoniam his caſibus videtur deeſſe animus retinendæ poſſeſſionis, priore quidem caſu propter negligentiam præſentem, poſteriore verò propter obliuionem,quæ ex decennij lapſu præſumitur.Sed quandiu ſupereſt voluntas illa retinendæ poſſeſſionis ciuilis,numquam interrupta, vtique ciuilis poſſeſſio ſalua eſt, nec minùs remedia competunt ad eam retinendam & naturalem adipiſcendam,quàm competerent ad naturalem ipſam aut retinendam aut recuperandam ſi cum ciuili ſimul quæſita fuiſſet. Nam & cùm is qui naturaliter & ciuiliter poſſidebat turbatur in naturali poſſeſſione aut deiicitur,non alia ratione iuuatur interdictis retinendæ aut recuperandæ poſſeſſionis,quàm quia retinet ciuilem, qua amiſſa propter interruptum animū poſſidendi, nulla profectò naturalis aut retinendæ aut recuperandæ ratio ſupereſſet. Numquam enim ei ſuccurritur qui proprio facto aut voluntate ſua deſiit poſſidere: Nec mouere pragmaticos debuit quod Iuſtiniani conſtitutio eorum perſonas diſertè complectitur,qui corporaliter nacti ſint poſſeſſioné. Nam poſterior pars conſtitutionis euidenter demonſtrat ideò pertinere vt ſi is per quem nondum cœpimus poſſidere negligens fuerit in acquirenda poſſeſſione quam ex mandato noſtro nobis acquirere potuit & debuit, noceat nobis ea negligentia,quia facilius illud admitti poteſt vt per alium nobis nihil acquiratur, quàm vt per alium nobis damnum inferatur. Toties igitur Iuſtiniani conſtitutio proderit quoties agetur de retinenda poſſeſſione quæ per alium iam acquiſita & retenta poſtmodum ab eo derelicta aut prodita ſit: nullum enim ex eius dolo & malignitate præiudicium dominio generari oportebit, nec quaſi interpellata poſſeſſione vſucapio quoque interpellata videbitur,quandiu ea poſſeſſio ab alio occupata non erit, quemadmodum in ſuperioribus explicauimus. Cæterum idem obtinebit non ſolùm ſi corporalis & aſinina illa poſſeſſio occupata ſit, ſed & ſi naturalis ciuiliſque poſſeſſio ſine corporali,& conſequenter ſi ciuilis tantùm ſine naturali,nimirum vt ea poſſeſſio quæ iam acquiſita erat ſiue ciuilis tantùm fuit ſiue naturalis & ciuilis,retineatur qualis fuit. Alioqui nec illud erit admittēdum quod pragmatici tamen omnes fatentur. Prodeſſe Iuſtiniani legem iis etiam qui non niſi per conſtituti clauſulam facti ſint poſſeſſores. Etſi enim verum eſt per conſtitutum transferri poſſeſſionem non modò ciuilem,ſed etiam naturalem,veram & realem,corporalis tamen quæ,vt dixi, nihil niſi aſinina eſt cùm ex corpore tota æſtimetur, non transfertur ſicuti nec per precarium. Itaque quod ad hanc rem pertinet nihil hæc ab illa differt.

ERROR DECIMVS.

Si poſſeßio per conſtitutum & precarium ſimul tranſlata ſit.

SVMMARIA.

1 *Error notariorum in clauſulæ conſtituti conceptione tranſlata poſſeßionis per precarium mentionem cumulantium.*

2 *Fieri*

2 Fieri non poteſt vt per precarium & conſtitutum ſimul poſſeſſio transferatur.

3 Differentia inter conſtitutum & precarium.

4 Quæ res poſſidendæ cauſſæ coniunguntur & eodem iure cenſeantur.

5 Si per errorem vtraque clauſula & precarij & conſtituti adhibita ſit, non ideò tranſlatio poſſeſſionis impeditur.

6 Differentia obſeruanda in verbis quibus dictæ clauſulæ concipiuntur.

7 Notarij non rarò quo magis cumulatis cautionibus cautum alicui volunt, eò plus ei nocent.

8 Bonis omnibus alienatis aut obligatis, etiam iura comprehenduntur, ſecus ſi addatur mentio mobilium & immobilium.

NOTARIORVM † hic error eſt potiùs quàm politorum & 1
verſantium in foro pragmaticorum. Solēt.n.notarij clauſulā
conſtituti ſic concipere: vt qui aliquid ex bonis ſuis alienat
vel obligat, conſtituat ſe eā rem & alieno nomine & precario
poſſidere: nimirum vt & aptiore & certiore modo vtantur
transferēdę poſſeſſionis. Nō animaduertentes fieri non poſſe, vt per precariū
& cōſtitutū ſimul † poſſeſſio trāsferatur, propter diuerſa adeóq; repugnātē v- 3
triuſq; clauſulę rationē. Nā per cōſtitutū, † vt in ſuperiorib. à nobis diſputatū
eſt nō modò ciuilis poſſeſſio trāsfertur, ſed etiā naturalis, vera & realis, om-
nis deniq; excepta corporali & aſinina. Per precariū verò ſola ciuilis, rema-
nente naturali & reali penes eū qui precariò poſſidet. Quomodo.n.precariò
poſſideret, ſi nullomodo poſſideret? Enimuerò nū ſicut aliud eſt poſſidere,
aliud nomine alieno poſſidere, vt ait *lex quod meo* 17.D.*de acq.poſſ.* ſimiliter
dici pōt aliud eſſe poſſidere, aliud precariò poſſidere. Quippe poſſidet etiam
ille qui precariò poſſidet quāuis cū hac adiectione precarij: quę adiectio facit
dūtaxat vt ei poſſeſſio ſua prodeſſe nō debeat contra eū à quo poſſidet preca-
riò: quę tamē cōtra alios prodeſt, quēadmodū cōtingit & in violēta & in clā-
deſtina poſſeſſione: quæ vtraque vera poſſeſſio eſt, & ad cauſſam interdicto-
rum vtilis, licèt ſit iniuſta. Solent namq; tres illæ † poſſidendi cauſſæ cōiun- 4
gi eodémque ferè in omnibus iure cenſeri, ſi vi, aut clam, aut precariò poſſi-
deatur. Igitur quemadmodum fieri nō poteſt vt vna eadémq; perſona poſſi-
deat naturaliter, & non poſſideat naturaliter, ita neq; illud admitti, vt clau-
ſulæ conſtituti coniungatur clauſula precarij ad transferendā poſſeſſionem.
An ergo ſi vtraq; † adhibita ſit per errorem & imperitiā ſiue notarij ſiue ſti- 5
pulatoris, tranſlatio poſſeſſionis impedietur? Minimè verò. Abſurdum enim
ſit, & præter contrahentium voluntatem, precarij clauſulam non niſi ex ſu-
perabundanti adiectam quo magis poſſeſſio transferatur, facere quominùs
tranſlata videri poſſit per conſtitutum, quod in eam rem non modò vtile &
efficax eſſe, ſed etiam ſufficere potuit. Nam & dici ſolet in iis quæ diuiduam
& ſeparatam habent rationem vtile per inutile non vitiari *l.placuit* 29.D.*de
vſur.* Multum tamen intereſt † quibus verbis clauſula conſtituti ſit concepta. 6
Nam ſi quis, vt plerunque ſit, conſtituerit ſe precario poſſidere, nō vtraque,
ſed ſola precarij clauſula interueniſſe videbitur, ſoláque poſſeſſio precaria, id
eſt ciuilis tranſlata: Non item ſi quis conſtituerit ſe ſtipulatoris nomine &
precariò poſſidere: Hîc enim duplex clauſula eſt, cōſtituti prima, precarij al-
tera: & hoc caſu obtinēt quę nunc diximus. Ita ſit plerunque † vt notarij quo 7
pluribus verborū ambagibus vtuntur, vt cumulatis cautionibus magis cau-
tum ſit ſtipulatori, ei potiùs noceant, quia vim & ſignificationem verborum

quæ Iureconſultorum propria eſt, non intelligunt. Idem euenit cùm in obligatione aut alienatione bonorum omnium adiiciunt ne quid prętermi-
8 ſiſſe videantur *tam mobilium, quàm immobilium.* Facit † enim ea adiectio vt iura & actiones nō comprehendantur, quia neque mobilium neque immobilium appellatione continentur, licèt adiectum ſit *quorumcumque*, cùm tertiam bonorum ſpeciem conſtituant à mobilibus & immobilibus omnino diſtinctam & ſeparatam. *l. à Diuo Pio* 15. *§.* 1. *D. de re iudic.* Propter quā cauſſam ſi bonorum ſimpliciter & indiſtinctè obligatio aut alienatio facta eſſet, nemo dubitat quin etiam iura & actiones comprehenderentur. Sanè in propoſita quæſtione De poſſeſſione per conſtitutum & precarium tranſlata ſi diuerſis temporibus debitor conſtituerit & precariò rogauerit, aliud dicendum erit, aque inſpiciendum, quid priùs factum ſit, Vt quod nouiſſimè factum erit, id ſolum obtineat quaſi à priore conuentione receſſum ſit per poſteriorem *l. ſi quis antè conduxit* 10. D. *de acquirend. poſſeſſ.*

ANTONII FABRI IC. DECAS QVINTA.

ERROR PRIMVS.

De creditore hereditario in poſſeſſionem propriam auocante ex clauſula conſtituti pendente inſtantia diſcuſſionis bonorum.

SVMMARIA.

1 Creditor hereditarius poteſt poſſeſſionem propriam auocare ex clauſula conſtituti pendente inſtantia diſcuſſionis bonorum.

2 An in caſu ſuprà poſito neceſſe ſit audiri cæteros creditores.

3 Sententia pragmaticorum diſtinctionem hic adhibentium.

4 Audiendos eſſe, cæteros creditores, quorum inſtar eſt contra pragmaticos.

5 In quæſtione propoſita diſtinctio quorundam refertur & refellitur.

6 In ſtellionatum incidit qui rem iam vni obligatam alteri obligat.

7 Quo caſu non ſit audiendus heres qui alios creditores vocari petit.

1 CONIVNGENDA erunt quæ hoc capite ſcribemus cum iis quæ ſcripſimus *cap.* 1. *Decadis ſuperioris*. Solēt † hypothecarij creditores quorum nomine debitor conſtituit ſe poſſidere, vt ſollennis inuentarij moras & incommoda effugiant, auocare propriam poſſeſſionem ex clauſula cōſtituti, in eámque rem implorare beneficium conſtitutionis Iuſtinianeæ *in l. vlt. C. de acquir. poſſeſſ.* Ita enim aſſequuntur vt dilata quæſtione de crediti iure & ordine, in id vſque tēpus quo de creditorū omniū & legatariorū actionibus vno eodémque iudicio cognoſci & pronūciari poſſit, interea retineāt poſſeſſionē quā ſibi per debitoris cōſtitutū acquiſierūt. Et quidē optimo iure, quia cùm ea poſſeſſio per clauſulā cōſtituti trāſlata fuerit à debitore viuo in creditorem, nō poteſt videri

Google

videri hereditaria. Siquidem hereditarium id dicimus quod mortuo teſtatore
in eius hereditate reperitur. Reperiri autem in hereditate & poſt mortem non
poteſt quod ipſe dum viueret alienauit. Porrò illud conſtat beneficium inuē-
tarij non pertinere niſi ad cauſam hereditatis, & rerum hereditariarum, neć
proinde in aliis rebus aut iuribus non hereditariis prodeſſe heredi debere. I-
taque ſi creditorem ſic agentem velit heres ea exceptione ſummouere, quòd
iam cœpta ſit inſtantia diſcuſſionis bonorum defuncti in qua de creditorum
omnium iure ſimul & ſemel diſceptari oporteat, non eſt audiendus. Nihil
enim commune habet cauſſa poſſeſsionis cum iure pignoris, niſi hactenus
vt ſi ex poſtfacto appareat creditorem hunc aut verum creditorem non
fuiſſe, aut poſteriorem eſſe aliis creditoribus quibus non aliter quàm ex hu-
ius rei precio ſatisfieri poſſit, præualere debeat ius pignoris, nihilque huic
conſtituario proſit poſſeſsio quæ nuda eſt, id eſt pignoris iure & priuilegio
deſtituta. Illa tamen emergit plerumque dubitatio, † an cum hoc actionis 2
genere creditor ſibi proſpicit, vocandi ſint & audiendi cæteri creditores
quorum poteſt intereſſe, quemadmodum vocandi eſſent & audiendi ſi pen-
dente diſcuſsionis inſtantia prouiſionalis, & vt loquuntur, fiduciaria adiudi-
catio peteretur. Et pragmatici putant, † audiri quidem eos debere ſi interueni- 3
re velint: ſed ſi vltro ſe non offerant, non poſſe moram fieri ab herede credito
ri qui nihil niſi propriam poſſeſsionem, quæ ampliùs hereditaria non eſt
auocare velit. Ne alioqui eueniat vt parùm ei proſit quod habeat pro ſe
clauſulam conſtituti, quódq; de nuda poſſeſsione agat nō etiā de pignoris ſui
iure. Præſertim verò ſi offerat ſatiſdationem de pignore cuius poſſeſsionem a-
uocat, in corpus hereditatis reponēdo, ſi quando ita fieri debere iudex arbi-
trabitur, vt creditoribus omnibus ex rerum hereditariarū diſtractione ſatiſ-
fiat. Quod tamen cuiuſmodi ſit, non facilè poſſum intelligere. Nam cùm per
conſtitutum † non aliter poſsit transferri poſſeſsio, quàm ſi eo tempore poſſi- 4
deat is, qui ſe cōſtituit alieno nomine poſsidere, vt omnes conſentiunt, quo-
modo fieri obſecro poteſt vt ſciat an defunctus eo tempore poſſederit, niſi au-
ditis creditoribus cæteris omnibus hypothecariis? Quid enim ſi quis ex iis an-
terior tempore per ſimilem cōſtituti clauſulā poſſeſſor factus reperiatur? Ap-
parebit vtique nullius momēti eſſe poſſe conſtitutū ab eo poſteà factum qui
ampliùs nō poſſidebat: ideóq; fruſtra & nullo iure auocari per iſtū poſſeſsio-
nem, quā dicere ſuam non poſsit, quámq; nunquā habuerit: Atqui, inquies, ni-
hil intereſt heredis an hic aut ille creditor poſsideat, cùm nō eo magis futu-
rus ipſe ſit poſſeſſor eius rei quā defunctus per cōſtituti clauſulā deſierat poſ-
ſidere. Sicut & ex contrario nihil intereſt creditoris anterioris poſſeſsionem
ex clauſula cōſtituti habentis an poſterior hic creditor ex ſimili clauſula poſ-
ſeſsionem ſibi adſerat, an ea poſſeſsio penes heredē remaneat, quā diu ipſe ius
ſuum non exequitur, cùm, ſi poſteà exequi volet, perinde ſit ille poſſeſsionem
ſuam à creditore ipſo, atque ab herede auocaturus, nulla ſcilicet ei obſtatura
exceptione de re inter alios ſe inſcio iudicata. Verùm reſpondeo imò quàm
maximè intereſſe heredis ne ſibi poſſeſsio pignoris per eum auferatur, qui
auferendi ius nullum habeat, cùm eo ſummoto futurum ſit vt corporalis
poſſeſsio pignoris maneat in hereditate, nec eam creditor anterior tam citò
fortaſsis auocet, qui auocare ſi vellet poſſet. Finge eſſe illū heredi amiciorem
neq; tā importunū creditorem, qui forſitā ſciat nō poſſe ſe periclitari quòd ſit
ex anterioribus, quiq; poſſeſsionē ſuā penes heredem eſſe malit, quàm penes

alium cū neq; poſteriorem creditorem: nā & id malle credendus vtique eſt, quandiu poſſeſsionem quā ab herede auocare ſi vellet, poſſet, patitur manere penes heredem. Et ſane licèt verum ſit æquè bonā actionem habiturū eū cōtra creditorem poſteriorem ac contra heredem ipſum, ſiue creditor poſterior ſiue heres poſsideat, fatendum tamen eſt multo faciliorem & expeditiorem fore perſecutionē ſi cōtra heredē aget quàm ſi cōtra creditorē, quia nihil omnino habet quod obiicere poſſit heres veri debitoris aduerſus creditorem: Alius verò creditor quāuis poſterior nō tā facilè poſſeſsionē quoquo iure quæſitā ſibi eripi patietur, quia neq; debitor ipſe eſt, neq; debitoris heres, ob idq; fauorabilior exiſtimatur: cúmq; creditor anterior aduerſus heredē agēs nihil aliud probandum habeat niſi quòd ſi creditor, ſi agat aduerſus alium creditorem quātumlibet poſteriorem, cogetur probare ſe nō tātùm creditorem eſſe, ſed etiā anteriorem, adeóq; quod non ſemper conſequens eſt, potiorem, quia fieri nonnunquā poteſt vt qui tempore poſterior eſt, potior tamen ſit iure, habeátq; ex cauſa fauoréq; debiti ius prælationis. Sed & creditoris anterioris aliunde intereſt vt contra heredem agat potiùs quàm contra creditorem poſteriorē qui ex iudicato poſſeſſor factus ſit, quoniā poſſeſsio quæ per cōſtitutū quæſita fuerat non poteſt videri per ſolā debitoris mortem interuerſa, ideóque nec dubitatio vlla eſt quin poſsit creditor ſe dicere poſſeſſorem inuito etiam herede: nec neceſſe habeat implorare beneficiū *legis vl. C. de acq. poſſ.* v ſeq. cap. dicemus: Alio autē facto poſſeſſore, præſertim creditore, & quidem per iudicem, fieri non poteſt quin anterioris creditoris poſſeſsio interuertatur, niſi beneficium Iuſtiniani imploretur, ac proinde minùs tutus eſt creditor anterior agens contra poſteriorem, quippe qui cautiùs agere cogitur, & quaſi ſollennem actionis formulam proponere, etiam poſt ſublatas formularū & actionū ſollēnitates, ne perperā egiſſe videatur, ſi pragmaticis credimus, qui putant creditori hypothecario, ſi de iure pignoris agere malit quàm de poſſeſsione, nihil prodeſſe clauſulā cōſtituti, vt retulimus *Decade ſuperiore cap.* 4. Quæ cū ita ſint negari nō poteſt quin creditorū anteriorū interſit ne quicquā inauditis iis decernatur in fauorē poſterioris, qui ex clauſula cōſtituti adſerat ſibi communis pignoris poſſeſsionē. Imò intereſt etiā poſteriorū propter ſumptus quos ab anteriore creditore fieri neceſſe eſt pro poſſeſsione pignoris conſequenda. Emolumentū.n. illud quod Principi pēditur pro iudicato, nō minùs debetur ob auocatā ex conſtituto poſſeſsionē, quam ſi de iure crediti & hypothecæ actū eſſet: quoniā adiudicatio illa poſſeſsionis includit adiudicationē quandam crediti tanquā in neceſſariū antecedens, cùm clauſula cōſtituti ſit acceſſoria ad obligationē principalē, nec ius vllū habeat creditor auocādæ poſſeſsionis pignoris, niſi quatenus & creditor, & hypothecarius eſt. Sumptus autē illos quicunq; à creditore prorogati ſunt, ei reſtitui, atque ex hereditate indēnitatē præſtari iuſtiſsimū certè eſt, ne quam crediti iacturā & diminutionē patiatur. Ita fit vt hereditas ipſa diminuatur, fiátq; deterior cauſſa creditorū poſteriorū ſi hereditas iam alioqui ſuſpecta ſoluēdo nō ſit. Atqui bonus iudex id agere quantū poteſt debet, vt creditoribus omnibus etiā chirographariis, adeóq; legatariis & fideicōmiſſariis ſatis fiat, nec inanibus aut nō neceſſariis ſumptibus hereditas oneretur. Nō ergo facilè debet in eā deſcēdere ſentētiā, vt creditorē qui ex cōſtituto poſſeſsionē ſuā auocat, audiendū putet, niſi auditis etiam cęteris, quorum videat intereſſe. Quare nec di-
5 ſtinctio † illa placere poteſt, quā à nōnullis inductā ſcio, An heres mala mente

negli

Digitized by Google

negligentiùs verſetur in proſequēda diſcuſsionis bonorū inſtantia,nécne: vt
priore caſu in pœnā negligentiæ poſſeſſio corporalis ei auſferatur: poſteriore
non itē.Poſſet.n.ea diſtinctio rationē aliquā habere,ſi heredis dūtaxat,nō e-
tiā creditorū intereſſet.Sed cū interſit creditorū,vt oſtēdimus,nō eſt permit-
tedū vt ijs noceat negligētia dolúſue heredis: potiúſq;arctari debet creditor,
vt alios creditores in ius vocari & aſciri curet,ne ſibi longior mora fiat, &
qui idē propriis ſumptib',poſtmodū ab hereditate repetitur',ſi cōperiatur iu-
ſtā agēdi cauſā.i.poſſeſſionē ex cōſtituto anteriore quęſitā habuiſſe. Nec eſt
quod quis dicat,ſatisdationis remedio ſatis conſultū iri,& heredis & credito-
rū omniū indēnitati.Non.n.ſatiſdatio hæc in eā rē præſtatur,vt ſi quid ex he-
reditate per huiuſmodi actionē imminutū ſit,id à creditore ſarciatur,ſed tātū
vt ſi vel nihil vel minus ei debitū eſſe poſteà cōſtiterit,nec rē illā exhibeat cu-
ius auocat poſſeſſionē,præſtetur quāti intereſt heredis & creditorū auocatam
nō eſſe poſſeſsionē.Itaq; ſi verus & legitimus creditor reperiatur,nulla præ-
ſtitæ ſatiſdationis vtilitas eſt,nec ſi alij ſint anteriores creditores ęquè per cō-
ſtitutum facti poſſeſſores,dū res ipſa cuius poſſeſſio fuerat auocata,cū fructib.
inde perceptis reſtituatur.Nec eo minùs tamē diminuitur hereditas per ſum-
ptus à creditoribus factos ad auocandā ex ordine nunc ab hoc per illū, nunc
ab illo per aliū poſſeſſionē. Niſi fortè quis inducendū putet, vt huiuſmodi
ſumptuū repetitio nulla ſit dānóq; potiùs cedāt eorū qui malè & ſine cauſſa
litigarunt. Sed tamē non poteſt id ex iuris ratione defendi,cū tāto magis im-
putandū ſit defuncto debitori,quanto plures ſunt creditores quorum no-
mine conſtituit ille ſe poſſidere eā rem,cuius non niſi vnū potuit facere poſ- 6
ſeſſorem.Nam & in ſtellionatū † incidit hoc ipſo quod rem iam vni obligatā
alteri obligauit,nec præmonuit alteri eſſe obligatam *l. & quæ nondum* 15. *§. qui
res ſuas D.de pign.l.3.D.de crim.ſtellionat.*Planè ſi creditor † qui agit ante alios 7
eā offerat condicionem vt nequid præiudicij ex ea actione cæteris creditori-
bus & legatariis aut fideicommiſſarijs inferatur, nec eorū periculo hereditas
diminuatur,in eámq; cauſſam ſatiſdare paratus ſit,vix eſt vt audiendus ſit he-
res iam negligens & morator, ſi quò longiorē creditori moram inijciat,alios
creditores vocari petat vt ipſis auditis de crediti & conſtituti iure cognoſca-
tur.Sufficit.n. vt indemnes ſeruentur ij quibus nihil imputari poteſt,parúm-
que curādū eſt quid damni poſsit emergere ei cuius culpa aliqua dolúſue in-
terceſſit, quia nec damnum vllum ſentire videtur,vt eſt in iuris regula.Lo-
quor de herede qui iam ſit in mora & culpa,quoniā alioqui non minor he-
redis quàm creditorū ratio habenda eſt,ne quid ex hereditate diminuatur.
Cùm quicquid ex bonis hereditarijs ſupererit poſt dimiſſos creditores lega-
tarios & fideicommiſſarios omnes, id ille totum habiturus ſit,ſuo iure;niſi
hoc ipſum fortaſſe velis ei imputare, quòd inuentarij beneficium agnouit:
quod tamen non niſi abſurdè facere poſſis. Non.n. dolo facit qui iure com-
muni vtitur,extra quam ſi ponas tam euidenter locupletē eſſe hereditatem vt
inuentarij conficiendi probabilem cauſſam aliam nullam habere heres po-
tuerit,niſi vt in creditorum & legatariorum necem beneficio legis abutere-
tur.Alioqui ſanè intereſt heredis,nec minùs cùm de pignoris poſſeſsione agi-
tur quàm ſi de iure ipſo crediti & hypothecariæ actionis tractaretur: quia
licèt poſſeſſio per conſtituti clauſulam à viuo debitore tranſlata, non ſit he-
reditaria,tamen res ipſa hereditaria eſt cuius poſſeſſio auocatur, tantundém-
que incommodi accedit heredi,quantum ſi nullā poſſeſſione tranſlatā,res i-

poſſeſſionem quādiu ab alio occupata nō eſt, retineri dicimus etiā poſt mortem eius per quem poſſidebamus, quia neq; noſtrū, neq; ipſius factū vllū interceſſit per quod amitti poſſeſſio potuerit. Sicut. n. poſſeſſio ſine animo & corpore nō acquiritur, ita nec niſi vtroq; cōcurrente amittitur, *l. quē admodu. 8. eo.* Nec quod is per quem poſſidebamus moriendo deſinit re vera poſſidere, poteſt facere vt noſtra quoq; poſſeſſio interpelletur, quia nō tā poſſidebat ille, quàm in poſſeſſione erat noſtro nomine: poſſidēdi autē animus etiā poſt eius mortem in nobis ſupereſt, iſq; efficax ad retinendā poſſeſſionem quādiu alius nemo eſt qui poſſeſſionis controuerſiā facere nobis velit, id eſt, quandiu ab alio non eſt occupata. Propter quam cauſſam ſic Africanus† loquitur in *d. l. ſi de eo. §. 1.* vt cū poſſeſſionē interpellari neget, eam tamen a domino adipiſcendā nō retinendā dicat. Ita nāq; ſcribit *non ſtatim dicēdū eā interpellari, ſed tunc demū cùm dominus poſſeſsionē adipiſci neglexerit.* Nimirum quia licèt verū ſit non deſiiſſe nos poſſidere, verum tamen eſt corporalem illā poſſeſſionem quę cuſtodi commiſſa fuerat, iacère poſt eius mortem, & in eo eſſe vt occupari à quocunq; poſſit, & cōſequēter etiam à nobis ipſis, qui ſi eam adprehendere negligamus, tū demū verò poſſidere deſinimus. Poſſeſsio .n. quæ ſolo animo retinetur ſicuti quādiu durat prodeſt ad adipiſcendam aut recuperandā corporalem, ita per negligentiā amittitur ſi poſſeſſor ex quo ſciuit amiſſam corporalem eiúſq; adprehēdēdæ poteſtatē ſibi ſaluā eſſe, adprehēdere illā neglexit: quod modici temporis interuallū licèt intellectu magis percipi quàm verbis exprimi poſſit, vt in *l. quo enim 12. §. Iulianus ait. D. rat. rem habe.* tamen ab interpretibus noſtris triduo cōcluditur. Notádúſq; eſt ille Africani locus cōtra eos qui negāt interdicta retinendæ & adipiſcendæ aut recuperādæ poſſeſſionis cōcurrere poſſe. Tā. n. id facile eſt quàm vt is cuius poſſeſſio interpellata nō eſt, nihilominus poſſeſſionem adipiſci & poſſit & debeat: Relatione. ſ. facta ad diuerſas ſpecies poſſeſſionis. Quò etiā pertinet quod dici ſolet poſſeſſionē adeptū eū nō videri qui ita nactus eſt vt eam retinere non poſsit. *l. non videtur 22. D. eo. ti. de acq. poſſ.* Itaq; cū Iuſtiniani cōſtitutio in *d. l. vl. C. de acq. poſſeſſ.* eò pertineat vt poſſeſſio non intercidat, quæ alioqui ex Sabinianorum ſententia, meo quidem iudicio veriore amitteretur, non eſt quod eius poteſtatem inducamus illo etiam caſu quo certum ſit & extra controuerſiam, non amitti poſſeſſionem. Dices †fortaſſe ſententiam illam cōſentientem quam retulimus Sabinianorum & Proculianorum quæ negat amitti poſſeſſionem 6
morte eius per quem retinebatur, ita demum veram eſſe ſi poſſeſsio illa maneat in hereditate & quandiu manet in hereditate, non etiam ſi ab alio ſit occupata, quemadmodum Africanus ſupradicto loco tractat. Adita igitur hereditate ſicut deſinit hereditas eſſe, fitque patrimonium heredis: Ita poſſeſſionem amitti quaſi ab herede ipſo vt ab alio quolibet occupatam. Sed non ita eſt. Nam quemadmodum hereditas, ſic heres defuncti perſonam repræſentat, multóque aptiùs quàm hereditas quod ad poſſeſſionē pertinet, quia cùm poſſeſsio facti ſit, hereditas quæ nihil niſi nomen iuris eſt, poſſidere ipſa non poteſt: Indéque euenit vt quamuis noua poſſeſsio ſit quam heres habet, quia tamen habet eam occaſionē ſi non iure hereditatis, defuncto potiùs quàm extraneo poſſeſſori comparari debeat, ob idque non magis mutare ſibi poſſit cauſſam poſſeſsionis, aut, vt meliùs dicam, interuertere domini poſſeſsionem, quàm defunctus ipſe potuiſſet. Alioqui dicendum eſſet, poſſeſsionem quæ per conſtitutum tranſlata eſſet amiſſam iri ſtatim atque conſtituentis hereditas

adita,

adita, rerúmque hereditariarum poſſeſſio per heredem occupata eſſet, quemadmodum & ſi per alium quemlibet occupata fuiſſet. Nam vt ſuperiore Decade diſputauimus non pertinet Iuſtiniani conſtitutio ad hunc caſum quo
7 poſſeſſio, quæ per alium retinebatur ab alio occupata ſit. Et tamen certi receptiq; iuris eſt, conſtitutum † per quod tranſlata poſſeſſio eſt, non modò non finiri morte conſtituentis, ſed etiam tranſire in heredem, vt is non tam ſuo quàm priſtini poſſeſſoris & conſtitutarij nomine poſſidere videatur, vt idem in herede quod in defuncto ſeruetur, vt in *l. cùm miles 30. D. ex quib. cauſſ. maior.* Poſſeſſio enim ſemel conſtitutum quæſita, non iã animo conſtituentis retinetur, ſed animo eius in cuius commodum fuit conſtitutum, corpore tamen illius qui conſtituit, & conſequenter eadẽ poſſeſſionis retinendæ cauſſa ſubeſt mortuo etiam conſtitutore, non ſecus acſi per corporalem traditionem poſſeſſio fuiſſet tranſlata.

ERROR TERTIVS.

Si creditor pignoris poſſeſſionem nactus pendente diſcuſſionis inſtantia vendere pignus velit.

SVMMARIA.

1 An creditor qui pignoris poſſeſſionem nactus eſt pendente diſcuſſionis inſtantia, poſſit pignus vendere.

2 Ratio pro negatiua pragmaticorum ſententia.

3 Diſputatio autoris contra pragmaticorum ſententiam.

4 Inutile eſt pignus quod diſtrahi non poteſt.

5 Sibi debet imputare heres ſi ad impediendam diſtractionem pignoris cuius poſſeſſionem nactus eſt creditor, huic non offerat.

6 Quum pignus venditur à creditore qui eius poſſeſſionem nactus eſt, aliorum creditorum nihil intereſſe.

7 Satiſdatio præſtita à creditore pignoris diſtractionem vrgente prodeſſe poteſt omnibus creditoribus.

8 Præſtita ſatiſdatione debet licere creditori pignus vendere etiam pendente diſcuſſionis inſtantia.

QVONIAM caſus quidam ſunt, in quibus permittendum eſt hypothecario creditori qui per clauſulam conſtituti poſſeſſionem nactus fuit vt eam auocet ab herede etiam pendente inſtantia generalis, vt vocant diſcuſſionis, vt docuimus ſuprà errore primo, operæ precium eſt videre an iis caſibus debeat licere creditori
1 † pignus vendere ſi debitum conſequi malit, quàm pignus retinere. Solet enim de eo interdum diſputari magnis contentionibus quaſi difficiliùs id creditori permittendum ſit, quàm † vt pignoris poſſeſſionem nanciſcatur,
2 propterea quòd pignoris diſtractio maioris ſit momenti, ſpectétque ad cauſſam non poſſeſſionis, ſed proprietatis, ſiquidem per diſtractionem pignoris proprietas alienatur, adeóque irreuocabiliter, id eſt, ita vt rectè ſollenniterque facta diſtractio non ob id ſolùm reuocari poſſit quòd appareat nihil debitum fuiſſe, niſi alij poſtmodum appareant creditores quibus etiam ſatisfieri oporteat (quo caſu iteratam pignoris venditionem permittendam eſſe diximus *Decad. 1. Error. 6.*) Qui enim autore iudice comparauit, etiam in executione prouiſionalis & fiduciariæ adiudicationis ſemper ſecurus eſt, tametſi poſteà prouiſionalis illa adiudicatio per diffinitiuam reuocetur; ne alioqui nemo reperiatur qui ad emptionem accedere, incertúmque litis euentum potiùs quàm rem certam emere velit. Ob eámque nimirum cauſſam ſolent & debent victores qui vrgent ſolutionem, ſatiſdare de indemnitate præſtanda in eum caſum quo ex poſtfacto conſtet venditionem fieri non debuiſſe: vt

reuocata interlocutione quæ ius diſtrahendi dedit fideiuſſor iudicati non em-
ptor,ab iis quorum intererit cõueniatur: itaque cùm per huiuſmodi vẽditio-
nes hereditas diminuatur non putant pragmatici permittẽdum creditori qui
pendente lite poſſeſſionem nactus eſt,licèt præſtita ſatis datione,vt pignoris
diſtractionem vrgeat,propterea quòd in tempus diffinitiuæ ſententiæ quæ
de creditorum omnium & legatariorum ac fideicommiſſariorum iure red-
denda eſt,conferri eares ſoleat vt bona omnia hereditaria diſtrahi iubeantur:
ex quorum precio ſingulis & omnibus ex ordine ſatisfiat. Ego verò non poſ-
ſum † intelligere cur creditori deneganda ſit facultas diſtrahendi pignoris cu 3
ius habet poſſeſſionem. Nam & dici ſolet,& verum eſt inutile † pignus eſſe 4
quod diſtrahi non poteſt:adeò vt etiamſi non conuenerit vt creditori pignus
diſtrahere liceat,ea tamen conuentio pro expreſſa habeatur. *l. 4. D. de pignor.
action. l. quæ ſpecialiter 9. l. ſi in hoc* 14. *Cod. de diſtract. pignor.* ſibi namque † im- 5
putare debet heres cur ad impediendam diſtractionem non offerat creditori,
ſiue ex anteriorib. creditoribus ille ſit,ſiue ex poſterioribus,cùm ex Iuſtiniani
conſtitutione in *l. vlt. Cod. de iur. deliber.* liberum ſit heredi qui inuentarij be-
neficium agnouit vt ſoluat cui volet ex creditoribus etiam poſterioribus,
ſalua anterioribus aduerſus eum qui ſolutionem accepit condictione. Nam
quod beneficium legis & inuentarij imploratum eſt, non det meliorem fa-
cere condicionem heredis,aut deteriorem creditoris hypothecarij cauſſam
quatenus vires hereditariæ patiuntur, ſed hactenus duntaxat ne heres ſupra
hereditatis facultates teneatur. Quod verò † ad alios creditores attinet, nihil 6
etiam illorum intereſt,quia ſiue anteriores ſunt,ſaluã habent repetitionem
aduerſus eum qui ſolutionem accepit, *d. l. vlt.* ſiue poſteriores ſunt,ius habent
impetrandi vt iterum pignus diſtrahatur,ſi nõ à creditore ipſo facta diſtractio
ſit,ſed nomine debitoris,mandante iudice & poſtulante creditore: ſecundum
eam diſtinctionem quam nos tradidimus *Error* 6. *Decad.* 1. Quod ſi creditor
vendiderit iure creditoris,conſtat quidem poſterioribus creditoribus neque
hypothecariam aduerſus emptorem,neque actionem vllam contra eum qui
vendidit ſupereſſe,ſed æqui bonique conſulere id debent,quia & idem con-
tingeret ſi aut debitor ipſe viueret,aut eius hereditas citra inuentarij benefi-
cium adita eſſet. Cur enim ex beneficio illo per heredem agnito mutetur
ius creditorum inter ſe non cum herede ipſo contendentium? Taceo quòd
cùm ſatiſdatũ † eſt de indemnitate non tam heredi quàm hereditati ipſi præſtã 7
da,poteſt ea ſatiſdatio prodeſſe creditorib. omnibus,vt æquè commodè ſuum
conſequi poſſint,acſi nullum pignus diſtractum eſſet, ſiue creditori huic aut
nihil aut minùs debitum fuiſſe appareat,ſiue pignus viliore precio diſtra-
ctum probetur non vocatis cæteris, qui ſi vocati fuiſſent, aut pluris licitari,
aut alium emptorem pluris licitaturum ſubiicere potuiſſent. Alioqui ſi
programmate admoniti & præſentes fuerunt,nec ius ſuum executi,aut ſaltem
proteſtati ſunt,videri poſſunt ius pignoris ſui remiſiſſe *l. ſi eo tempore 6. l. ſi hy
pothecas. 8. C. de remiſſ. pignor.* Proinde nihil cauſſæ eſt cur præſtita † præſer- 8
tim ſatiſdatione non debeat licere creditori qui in pignoris poſſeſſione eſt,
pignus vendere,aut pignoris venditionem poſtulare, licèt inchoata needum
finita ſit diſcuſſionis inſtantia: nam & nullo contracto pignore ſi miſſio
in poſſeſſionem ex edicto prætoris impetrata eſſet, venditio quoque
permitteretur,quia nec alij in poſſeſſionem mittuntur ex edicto, quàm qui
pignus ea ratione conſtitutum poſſunt vendere *l. pen. §. vlt. D. quib. ex cauſſ. in
poſſeſſ. eat.*

ERROR QVARTVS.

De ſtatutaria rerum hereditariarum poſſeßione quæ à defuncto in heredem continuatur.

SVMMARIA.

1 *An Iuris rationi conueniat conſuetudo quarerum hereditariarum poſſeßio à defuncto in heredem continuatur.*

2 *Ex ſententia pragmaticorum ſuus heres ipſo iure poſſeſſor ſit, extraneus verò per aditionem.*

3 *Nulla iuris ratione poſſeßionem à defuncto in heredem transferri ſine huius facto, contra pragmat. & num. 9.*

4 *Ius ſui heredis inducit continuationem dominij, non etiam poſſeßionis.*

5 *Quod in ſuis heredibus facit ius ſui heredis, id in extraneis facit poteſtas aditionis.*

6 *Poteſtas aditionis non facit vt poſſeſſio qua penes defunctum fuit, ad heredem priùs pertineat quàm corporaliter adprehenſa ſit.*

7 *Effectus poſſeßionis perinde tranſeunt in heredem, acſi poſſeſſio in eum ipſo iure continuata eſſet explicatio l. cùm miles. 30. D. ex quib. cauſ. maior.*

1 DVBITANT † pragmatici an iuris rationi conueniat ea conſuetudo, quæ ex Gallorum moribus ad nos traducta, & fere vbique gentium recepta eſt, vt paterfamilias moriens heredem ſiue inſtitutum ſiue legitimum faciat poſſeſſorem, quod Galli di-
2 cũt *Le mort ſaiſit le vif*. Diſtinguunt † autẽ ſuum heredem ab extraneo, vt ſuus heres ſtatim & ipſo iure ſicut heres, ita & poſſeſſor fiat ex *l. in ſuis. 11. D. de liber. & poſth.* iunct. *l. cùm miles 30. D ex quib. cauſſ. maior.* extraneus verò non aliter quàm ſi & hereditatem adierit, & eâ aditâ poſſeſſionem naturaliter ad-
3 prehenderit *l. cum heredes 23. D. de acquir. poſſeſſ.* Quæ diſtinctio nullam † certè rationẽ habet. Nã cùm poſſeſſio ſit facti potiùs quàm iuris, hereditatis autem acquiſitio tota ſit ex iure & ex legis poteſtate, prorſus conſequens eſt vt nulla iuris conſtitutione poſſeſſio à defuncto in heredem transferri poſſit: *l. denique 19. D. ex quib. cauſſ maior.* eſtque omnino neceſſarium interuenire factũ heredis ad poſſeſſionẽ acquirendã: quæ nunquã niſi animo & corpore acquiritur. Nec ſuorum heredũ hac parte priuilegium vllum eſſe poteſt magis
4 quàm extraneorum, quia ius † & nomen ſui heredis inducit continuationem dominij duntaxat, non etiam poſſeſſionis, nimirum, vt nulla videatur hereditas fuiſſe, quaſi olim hi domini eſſent qui etiam viuo patre quodammodo domini exiſtimantur, vt Paulus loquitur *d. l. in ſuis.* Cæterùm quemadmodum nemo dixerit filium eſſe poſſeſſorem rerum paternarum viuo patre, ita nec illud admitti poteſt, vt poſſeſſio quæ penes patrem fuit, in ſuum heredem poſt patris mortem continuetur. Eáque Iauoleni ſententia eſt in *d. l. cùm heredes.* Etſi enim de extraneo herede loquitur cùm tractet de adita hereditate (ſuus namque non dicitur adire, ſed ſe immiſcere cùm ſit ipſo iure heres) abſurdum tamen fuerit exiſtimare plus iuris habere ſuum heredem in bonis patris citra aditionem aut immixtionem, quàm habeat extraneus poſt
5 aditionem. Nam quod in ſuis † heredibus facit ius ſui heredis, id in extraneis facit poteſtas aditionis: hoc ſcilicet, vt omnia omnino defuncti iura tranſeant ad heredem, cùm hereditas nihil aliud ſit quàm ſucceſſio in vniuerſum ius quod defunctus habuit. Sed non idcirco fit, vt poſſeſſio † quæ penes defun-
6 ctum fuit, ad heredem priùs pertineat quàm naturaliter, id eſt corporaliter,

& vt

&c. vt loquuntur, de facto adprehenſa ſit, quia non in iure, ſed in facto verſatur: Quamuis, quod magis mirum eſt, effectus † poſſeſſionis quia ex iure 7
ſunt, perinde ad heredem etiam extraneum tranſeant, atque ſi poſſeſſio in eum ipſo iure tranſlata & continuata eſſet: vt cernere eſt in vſucapione quæ licèt non poſſit eſſe ſine poſſeſſione, *l. ſine poſſeſſione* 25. D. *de vſucap.* tamen impletur aliquando etiam priùs quàm adita ſit hereditas, quomodo ſcriptum eſt in *d.l.cùm miles*, vbi † quod ait Iuriſconſultus, defuncti poſſeſsionem qua- 8
ſi iunctam tranſire in heredem, malè pragmatici ſic accipiunt, vt defuncti poſſeſſio re vera, id eſt, eadem ipſa quam defunctus habuit, in heredem continuetur, ſed ſic potiùs intelligi debet vt iungatur poſſeſſio defuncti cum poſſeſſione heredis, ad hoc vt vſucapio à defuncto cœpta per heredem impleri poſſit. Idque verbum ipſum coniungendi demonſtrat, quia ſi non alia eſſet poſſeſſio heredis quàm quæ defuncti fuit, coniunctio nulla fieri poſſet, cui ſcilicet locus nullus eſſe poteſt niſi inter ſeparata: ſicuti nec dicimus dominium quod defunctus habuit coniungi cum dominio heredis, quia nimirum vnum idémque numero dominium eſt. Sed illud multò abſurdius eſt, quòd iidem pragmatici textum illum de ſuo herede interpretantur, cùm apertiſſimè pertineat ad extraneum heredem, vt ex eo conſtat quod tractat de adita hereditate, ſicut & *d.l.cùm heredes.* A ſiri enim, vt diximus, non poteſt hereditas ſi qua eſt eius qui ſuum heredem habet. Ex quo illud etiam manifeſtum relinquitur non aliam eius loci ſententiam eſſe poſſe quàm quę nunc primùm à nobis allata eſt. Quandoquidem nec pragmatici diffitentur, poſſeſſionem quæ penes defunctum fuit in heredem extraneum ipſo iure ſic tranſire non poſſe vt continuata magis quàm iuncta videatur. Abhorret † ergo 9
ius hoc noſtrum conſuetudinarium à iuris ſcripti ratione non minus quod ad ſuos, quàm quod ad extraneos heredes pertinet.

ERROR QVINTVS.

De hereditariarum rerum poſſeßione, ex qua hereditatis aditio inducitur.

SVMMARIA.

1 Error pragmaticorum ex ſtatuaria rerum hereditariarum poſſeßione inducentium hereditatis aditionem & tranſmiſſionem.

2 Ratio pragmaticorum & eius refutatio.

3 Conſuetudo de qua ſuperiori capite non facit heredes, ſed eos qui ſunt heredes facit poſſeſſores.

4 Eodem temporis momento quo hereditas in heredem transfertur, ipſa quoque poſſeſſio conſuetudinis poteſtate hereditati acquiritur.

5 In extraneis præcedere debet aditio, vt vi conſuetudinis heres poſſeſſor fiat.

6 Sicut extraneus hereditatem non aditam non tranſmittit, ita neque poſſeſſionem.

7 Poſſeſſio corporalis vt differat à conſuetudinaria.

8 Sui heredes ipſo iure ſtatim ſunt heredes, ipſa verò conſuetudine poſſeſſores.

9 Poſſeſſionem conſuetudinariam non rectè dici tranſire in heredes ipſo facto.

10 Ipſo iure quæ fieri dicantur: quæ item ipſo facto.

11 Conſuetudo eſt ius non ſcriptum, etiam quum ſcripta eſt.

1 NON leuior hic multorum pragmaticorum error † eſt, quòd exiſti-
mant ſtatutariam illam & cõſuetudinariam poſſeſſionem, quæ à de-
functo in heredem ſine vlla interruptione continuata eſſe intelligi-
tur, inducere aditionem hereditatis ſi repudiatio in contrarium nulla
ſit, adeò vt ſi non declarata voluntate heres ſiue teſtamentarius ſiue legitimus
deceſſerit, non dubitent quin ad ipſius heredem hereditas quaſi adita tranſ-
mittatur. Nam, inquiunt, † quomodo fieri poteſt, vt heres non ſit is qui res
2 hereditarias poſſidet tanquam heres, quique eas poſſidendi alio quàm here-
ditario iure nullum ius habeat? Quæ tamen ratiocinatio, ſi recta eſt, fateri eos
oportet, conſuetudinis huius, de qua tractamus, tantam vim eſſe vt heredes
omnes ſiue teſtamentarios, ſiue legitimos quantumuis extraneos faciat ne-
ceſſarios. Quo abſurdius dici nihil poteſt. Tantum enim abeſt vt conſuetudo
† hæc faciat neceſſarios, vt ne quidem faciat heredes. Quid ergo? Eos qui aut
3 neceſſarij, aut volũtarij ſunt hered. facit poſſeſ. Prius ergo eſt vt ſint heredes,
quia conſuetudo non transfert poſſeſſionem niſi in heredes. Transfert quidẽ
in eos qui aut inſtituti ſunt, aut proximiores ad ſuccedendum ab inteſtato, ſed
nõ quatenus vel inſtituti vel proximiores ſunt, at quatenus heredes ſiue ſcri-
pti ſiue legitimi. Neque eſt quod quis pro pragmaticis obiiciat ſecundũ hanc
ſententiam fore vt poſſeſſio citiùs quàm hereditas in heredem transferatur,
cùm hereditas nõ niſi ex quo adita eſt, poſſeſſio autem ſtatim ab inſtãti mor-
tis quæſita intelligatur. Nam imò verò vtrunque † fit eodẽ temporis momẽ-
4 to, quia hereditas quandocunque adita, retrofingitur à die mortis adita fuiſſe,
nèc vllo vel minimo inſtãti iacuiſſe, ne quicquam ſit quod impediat quomi-
nus bonorum quæ defunctus reliquit dominium per legem heredi rectà ac-
quiratur, vt pluribus explicauimus *lib.14. Coniect. cap. vlt.* Illo autem ipſo in-
ſtanti quo hereditas ex lege defertur & ex poſtfacto acquiſita intelligitur,
poſſeſſio quoque conſuetudinis poteſtate heredi acquiritur, vt non prius he-
res videri poſſit factus dominus quàm poſſeſſor rerum hereditariarum. Sed
quemadmodum prius eſt vt hereditatem adeat ſi extraneus ſit, quàm vt do-
minium rerum hereditariarum nanciſcatur, ita præcedere † aditionem neceſſe
5 eſt, vt vi conſuetudinis poſſeſſor factus videatur. Proinde ſi neque † adita, ne-
6 que repudiata hereditate deceſſerit, ſicuti hereditatem non aditam non tranſ-
mittit iuxta veteris & noui iuris regulas: Itaque neque poſſeſſionem quam
numquam habuit, tranſmittere poteſt. Longéque diſtat poſſeſſio † iſta cõſue-
7 tudinaria ab ea quam heres naturaliter & corporaliter nanciſcitur, cùm vult
gerere pro herede. Illa enim facit heredem eum qui heres non erat, quoniam
hoc ipſo quod attingit, vel minimum quid hereditarium gerit ſe pro herede
ſi aliam attingendi cauſam nullam habuit, & conſequenter fit heres, non mi-
nùs quàm adeundo poſt ſublatas Theodoſij conſtitutione cretionum ſollen-
nitates *l. gerit* 88. *l. pro herede* 20. D. *de acq. here.* iunct. *l. cretionum* 17. C. *de iur.
delib.* At poſſeſſio conſuetudinaria non acquiritur animo aut facto vllo here-
dis, ſed ſola conſuetudinis poteſtate. Itaque nõ poteſt inducere aditionem aut
geritionem pro herede quæ & facti eſt & animi. Cõſequenter cùm eos ſolos
qui heredes ſunt, conſuetudo faciat poſſeſſores, neceſſe eſt ad inducendam
conſuetudinis poteſtatem, vt actus aliquis præcedat ex quo declaretur volun-
tas adeundæ, imò verò aditæ hereditatis. In ſuis & neceſſariis heredibus nihil
tale tractari poteſt, quia ſicut † ipſo iure heredes ſunt ſtatim ac citra aditio-
8 nem, ita & ipſa conſuetudine poſſeſſores. Sic enim loqui malo quàm quo-
modo

Digitized by Google

modo pragmatici ſolent, qui hanc poſſeſſionem *ipſo facto* in heredē tranſire dicunt. Nam † quemadmodum nemo rectè dixerit huiuſmodi poſſeſſionis 9
continuationem fieri ipſo iure, quia poſſeſſio facti non iuris eſt, ita nec fieri *ipſo facto* cùm citra factum vllum heredis acquiratur, non eo ſolùm caſu quo hereditas ſine facto vllo acquiritur, vt in ſuis & neceſſariis heredibus, ſed illo etiam quo aditione opus eſt, vt in extraneis. Aditio enim ad hereditatem duntaxat acquirendam prodeſt, hereditatis autem acquiſitio quæ iuris non facti eſt, locum facit conſuetudini quæ poſſeſſionem dat heredi. Ipſo † iure fieri dicuntur quæ fiunt iuris autoritate, & ex iure tantùm, non etiam ex hominis facto pendent. Ipſo autem facto ea quæ vt fiant nihil aliud exigunt niſi vt factum interuenerit, vt cùm dicimus incurrere quem facto ipſo pœnam excommunicationis, aut confiſcationis. Neutrum autem fit cùm defuncti poſſeſſio in heredem continuatur. Quamquā longè probabilius eſſet dicere continuationem illā fieri ipſo iure quàm ipſo facto. Nam & conſuetudo † ius eſt, ſcilicet nō ſcriptum, etiā cùm ſcripta eſt, quia nunquā ex ſcriptura, ſed ſemper ex eo, quod moribus longóque vſu receptum eſt, æſtimatur.

ERROR SEXTVS.

De clauſulis quæ adhiberi ſolent ad impediendam excuſſionis non factæ exceptionem.

SVMMARIA.

1 Error pragmaticorū de clauſula quâ volunt effici, vt impediatur exceptio non facta excuſſionis.

2 Ex conuentione creditoris cum debitore non poteſt fieri vt exceptio non facta exceptioni, creditori obijci nequeat.

3 Dicta exceptio ex beneficio ſolius legis competit, non ex facto aut perſona debitoris.

4 Beneficium legis alij à me eripi nequit.

5 Cur valeat conuentione fideiuſſor exceptionem ordinis obijcere poſſit non item ea ne tertius poſſeſſor exceptione diſcuſſionis inuetur.

6 Quomodo intelligendum illud vulgatum, poſſe quemlibet rei ſuæ, quam vult. Legem dicere.

7 Quid operentur verba in clauſula de pignore apponi ſolita, ad habendum, tenendum, poſſidendum.

8 Clauſula conſtituti creditorem facit quidem poſſeſſorem, non tamen impedit exceptionem ordinis contra pragmaticos.

CETERVM pragmaticorū error † fuit, etiamnum à pleriſq; ex 1
recentioribus, laudatus, ad impediendā exceptionē non factæ excuſſionis quæ ex noua Iuſtiniani lege datur tertiis poſſeſſoribus aduerſus creditores hypothecariā exercētes, poſſe creditorē ſibi cōſulere hoc remedio, ſi expreſſim conueniat cū debitore bona ſua obligāte vt eiuſmodi ordinis exceptioni locus eſſe numquam poſſit, nec bonorū debitoris ad quaſcumq; manus peruenerint excuſſionem facere creditor compellatur. Quaſi permittendū † ſit debitori cum creditore contrahenti quam 2
velit rei ſuæ legem dicere, rémque ipſam pro arbitrio afficere & obligare priuſquam in alienas manus peruenerit. In quo ſanè falluntur. Nam cùm ea exceptio † neque ex perſona neque ex facto debitoris cōpetat tertio poſſeſ- 3
ſori, ſed ex beneficio ſolius legis, & fauore propriæ poſſeſſionis, iuris ratio non patitur vt debitoris facto & voluntate poſſeſſori eripiatur. Beneficium

enim quod à me alius habiturus eſt tollere facilè poſſum: quod autem ab a-
4 lio, vel à lege, † non poſſum: adeo vt nec pacti exceptio quæ fideiuſſori ex pa-
cto rei ſemel quæſita fuit, cõtrario eiuſdem rei & debitoris pacto fideiuſſori i-
nuito vel ignoranti adimi poſſit *l. vltim.* D. *de pact.* Longéque diuerſa ratio
eſt exceptionis ordinis quæ fideiuſſori cõpetit vt non conueniatur antè ex-
cuſſum principalem debitorem, alia eius quæ tertio poſſeſſori. Valet, & ef-
5 ficax eſt conuentio † illa, ne fideiuſſor exceptionem ordinis poſſit obiicere,
quia fit cum ipſo fideiuſſore qui proculdubio huic exceptioni ſicut & cæte-
ris pro ſe fauorabiliter introductis renunciare poteſt, *l. penultim. Cod. de pact.*
Nam ſi cum debitore ſolo ea pactio facta ſit, ſiue ante, ſiue poſt acceptum fi-
deiuſſorem, certum eſt non obſtaturam eam fideiuſſori. At conuentio illa
ne tertius poſſeſſor diſcuſſionis exceptione iuuetur, fit ſemper cum debito-
re, numquam verò cum tertio poſſeſſore qui necdum vllus eſt, nec quis fu-
turus ſit adhuc ſciri tùm poteſt. Proinde mirum non eſt, non nocere eã ter-
6 tio poſſeſſori. Nec, quod dici † ſolet, poſſe quemlibet rei ſuæ quã vult legem
dicere, ad rem facit. Id enim etſi eò pertinet vt in præiudicium non modò
paciſcẽtis conuentio valeat, id eſt eius qui per acquiſitionẽ ſit dominus, ſed
etiam cuiuſlibet poſſeſſoris qui ab acquiſitore iſto ius habeat, vt puta ſi
conſtituta ſit ſeruitus etiam inutilis, aut quæ alia ratione conſtitui alioqui
non poſſet *l. ei fundo 17.* D. *de ſeruit. l. venditor 13.* D. *commun. præd.* tunc ta-
men locum obtinet, cùm quis rem ſuam alienat, nõ etiam cùm obligat, quia
hoc caſu ſicuti dominus manet (quoniam cauſſa pignoris nihil cum cauſſa
dominij commune habet) ita eam rẽ quam priùs obligauit poſteà alienan-
do, transfert dominium & poſſeſſionem ſimul, atque ita facit vt vel inuito ſe
tranſeat in emptorem ius obiiciendæ exceptionis, quam lex dat cuilibet
tertio bonæ fidei poſſeſſori. Neque enim poſſeſſionis tranſlationem impedi-
7 re poſſunt verba illa † quæ vulgo in clauſula De pignore apponi ſolent *Ad
habendũ, tenendum, poſſidendum,* &c. non ſolùm quia non faciunt creditorem
poſſeſſorem, ſed poſſidendi tantùm ius & cauſſam præbent (poſſeſſio enim
non verbis trãsfertur, aut per inſtrumentum, ſed traditione opus eſt aut qua
alia re quæ ſit vice traditionis *l. prædia.* D. *de acquir. poſſeſſ.*) ſed etiam quia ſi
poſſeſſio ſiue ciuilis ſiue naturalis ea ratione transferretur, corporali tamen
penes debitorem manente, & debitore poſtmodum alienante, non eo mi-
nùs vera poſſeſſio emptori acquireretur per traditionem, ex quo inciperet
ille ſibi habere velle. Propter quam cauſſam inductus eſt à pragmaticis v-
ſus anteà ferè incognitus clauſulæ conſtituti quæ proculdubio in hoc plus
8 virium & poteſtatis habet quàm ſuperior clauſula, quòd † creditorẽ facit poſ-
ſeſſorem. In eóque mihi cum pragmaticis cõuenit. Sed non in eo quod pu-
tant poſſe clauſulam hanc facere vt ordinis exceptioni locus nullus relin-
quatur. Nam quemadmodum non impedit quominus ea poſſeſſio amitti &
interuerti poſſit facto ipſius debitoris conſtituentis, rem illam obligatam a-
lienantis & transferentis, ita nec eripere poteſt commodum quod poſſeſſo-
ri acceſſurum eſt beneficio legis. Quare & pragmatici fatentur non ſufficere
clauſulam illam conſtituti niſi præterea imploretur auxilium conſtitutionis
Iuſtinianeæ in *l. vlt. C. de acquir. poſſeſſ.* ad propriam poſſeſſionem quæ re ve-
ra interuerſa eſt auocandam & retinendam. Quod tamen nos ſuperiore de-
cade iam ſatis ſupérque refutauimus. Ita factum eſt vt ſicuti clauus clauum
trudit, ita error errorem apud pragmaticos & pepererit, & excluſerit.

ERROR

ERROR SEPTIMVS.

De iuribus, & nominibus excutiendis.

SVMMARIA.

1 *Exceptio non facta excuſsionis quatenus putetur à nonnullis odioſa.*

2 *Quatenus fauorabilis ab aliis dicatur & defendatur.*

3 *Dicta exceptionis æquitas vt ad publicam vtilitatem pertineat.*

4 *Dictam exceptionem odioſam eſſe. & nu.6.*

5 *Nulla ratione cauere poteſt creditor ne exceptione ordinis repelli poſsit.*

7 *An iurium debitori competentium excuſsionem facere compellatur creditor repulſus per ordinis exceptionem.*

8 *Ratio negantium pragmaticorum.*

9 *Iniquum eſſe compelli creditorem huiuſmodi excuſsionem facere, ſi in eo verſetur eius incommodum: ſecus ſi ſine incommodo id facere poſſit.*

10 *Quomodo conſuli poſſit creditori quando minùs explorata eſt actio.*

11 *Actiones litigioſæ nec vendi, nec excuti poſſunt.*

12 *Creditor non tenetur litem inſtitutā ſuſcipere actionis litigioſæ excutiendæ cauſa.*

13 *Actiones litigioſæ per vniuerſalem venditionem vtiliter venduntur.*

EXCVSSIONIS † non factæ exceptionem nonnulli putant 1
eſſe odioſam, quia videtur aliena eſſe à iuris ratione, cùm per eam
fiat vt creditor qui ſibi diligenter proſpexit acceptis à debitore 2
pignoribus ius ſuum exequi prohibeatur. Alij cōtrà † fauorabilem
eſſe defendunt, propterea quòd faueat bonæ fidei poſſeſſori, ne tam citò
támque facilè inquietetur per creditorem cui aliunde & æquè commodè ex
ipſius debitoris bonis ſatisfieri poſſit. Ita enim fit vt nullo creditoris aut damno
aut incommodo conſulatur poſſeſſori qui & bonam fidem & titulum
habens dignus vtique eſt cui quantum fieri poteſt ſuccurratur, nimirum cùm
deceptus eſt à debitore qui nō præmonuit fuiſſe rem illam alteri obligatam,
ex eáque cauſſa incidit in ſtellionatum. Nam ſi nouus poſſeſſor ſciuiſſet eo
tempore quo contraxit, fuiſſe rem obligatam, nemo dubitat, quin exce- 3
ptionis beneficio indignus videretur. Pertinet autem huius exceptionis †
æquitas non modò ad priuatam, ſed etiam ad publicam vtilitatem: quia
litium materiam minuit, cùm ſi poſſeſſor primo loco conueniretur à creditore,
neceſſe eſſet dari ei regreſſum aduerſus debitorem, atque ita fieret
duplex lis, vtraque periculo & damno debitoris in quem ſolum cuditur
faba. Quidni ergo debitor rectà erit conueniendus vt vnica lite cùm debi- 4
tor ſoluendo eſt tota res expediatur? Ego † ſi qua cautio adhiberi per creditorem
poſſet ne ordinis exceptione repelleretur, faterer libentiſſimè exceptionem
hanc eſſe fauorabilem, ob eam potiſſimùm rationem, quòd
minuendis litibus prodeſſet. Imputandum enim creditori dicerem cur eam
cautionem quæ adhiberi potuerat, non adhibuiſſet, vt euenit in ea ordinis
exceptione quæ competit fideiuſſori præſente debitore. *Authent. præſente. Cod. de fideiuſſ.* Nam cùm ei poſſit renunciari, vt proximo capite diximus,
imputet ſibi creditor qui eam renunciationem non extorſit. Sed cùm in ea
ſim ſententia, vt neque per † clauſulam conſtituti, neque alia vlla arte &
ſubtilitate fieri poſſe putem vt ne tertius bonæ fidei poſſeſſor exceptione 5
iſta adiuuandus ſit, non poſſum intelligere cur non videri debeat † odioſa,

Digitized by Google

quæ detur contra debitorem agentem ex pignoris conuentione expreſſa, tam bene diligentérque concepta, vt in creditoris poteſtate non fuerit meliùs ſibi proſpicere argum. *l.* 3. D. *de ſeparat.* Nam ſi dicas, non fieri per hanc exceptionem, vt creditor moretur in damno, ſed tantùm vti ne rectà poſſit experiri contra poſſeſſorem. Reſpondebo, quod vſus ipſe veriſſimum eſſe docet, non eo minùs intereſſe creditoris, vt liberum habeat contra poſſeſſorem ipſum æquè ac contra debitorem agendi arbitrium: quando plerumque incertum nec ſatis exploratum eſt, aut facile exploratu, an debitor ſoluendo ſit néc ne: in eámque rem plurimis interdum ſumptibus neceſſariò prorogandus creditor oneratur, quorum etſi repetitionem poſteà habet non modò contra debitorem ſi ſoluendo ſit, ſed etiam contra bonæ fidei poſſeſſorem, ſi debitor non ſoluendo reperiatur. Sciunt tamen qui in foro verſantur, quantum interſit inter prorogatas litis expenſas, & eas quæ poſt victoriam taxantur: quantáſque moras ea repetitio ſecum trahere ſoleat: quemadmodum & excuſſio cùm ſit ſiue perſonæ ſiue bonorum debitoris. Proinde negari non poteſt quin maximè interſit creditoris vt huiuſmodi ordinis exceptione, ſi fieri poſſit, non repellatur. Inde
7 quæritur aliquando, An iurium † quoque & actionum debitori competentium ſi fortè alia bona nulla ſint, excuſſionem facere compellatur. Nec deſunt ex ſubtilioribus pragmaticis, qui putent, non eſſe compellendum.
8 Moti † ex eo tantùm quòd cùm iura & actiones nec videantur nec poſſideantur, vix fieri poſſit vt eorum perſecutio non ſit dubia, perplexa & obſcura: quo caſu nemo dixerit vſque adeò iniuriosè agendum eſſe cum creditore, vt pro pecunia litem vnam pluréſve inſtituere cogatur, nec aliter ſuum conſequi poſſit quàm ſi & litibus & ſumptibus & ſeipſum & alios diuexet. Verum videtur mihi ratio hæc ſatis frigida & ieiuna. Quamquam
9 enim fateor quod illi contendunt, iniquum † eſſe vt creditor pro ſuo conſequendo contra alium quàm contra debitorem agere cogatur ſi non niſi cum aliquo incommodo id facere poſſit. Quid tamen ſi nullum in ea re incommodum, nulla impenſa verſabitur? Finge indubitatas eſſe actiones fortaſſis aduerſus debitorem iam condemnatum aut confeſſum qui pro condemnato habendus ſit, ſiue in iure confeſſus fuerit, ſiue in inſtrumento
10 publico, authentico, & vt loquuntur, garentigiato. Quòd ſi minùs † certa & explorata ſit actio, nolitque creditor agere contra debitoris debitores: quid prohibet ſic rem expediri, vt debitori ipſi certum tempus pro cauſarum & perſonarum qualitate à iudice præſtituatur intra quod agere debeat, & debitorem ſuum aut confeſſum facere, aut condemnatum? Sed & ſi debitor ipſe agere recuſet, vel cunctetur, & creditor paratiorem vrgeat ſolutionem, poteſt, meo iudicio, facillimè nullóque incommodo ita ei conſuli, ſi iura illa quæ debitori aduerſus alios competunt, publicè exponantur, & vendantur. Vocatis quoque in eam rem tertiis poſſeſſoribus mox per hypothecariam inquietandis, ne obiicere quandoque poſſint colluſum fuiſſe inter creditorem & emptorem, pluriſque venire rem potuiſſe, ſi ipſis denunciata venditio fuiſſet. Sic enim eueniet vt non maiore aut ſumptu aut incommodo actionis & nominis quàm fundi venditio fiat, & ex precio quod redigetur vel in totum vel pro parte creditori ſoluatur. Quòd enim actio perplexa ſit & dubij euentus, non ſolet impedire venditionem, ſed tantùm facere vt viliore precio diſtrahatur.

Cæterùm

Cæterùm qualiſcumque eſt, ea vendi rectè poteſt, ſicut & alea & iactus retis rectè venditur, & emitur *l. ſi iactus retis*. D. *de action. empt. totóque titulo* D. & C. *de hered. vel action. vendit.* Quid ergo ſi emptor nullus reperietur, calliditate fortaſſis eorũ contra quos competunt actiones? Tum verò excuſſio pro facta habebitur. Nam ſi verum eſt, vt eſt, tanti rem eſſe quanti vendi poteſt, conſequens eſt nullius momenti eſſe rem quæ nullum inuenit emptorem. Niſi fortè quis velit ad id creditorem adigere, vt debitoris ſui nomina emat, vel accipiat in ſolutum: quomodo ſi ageret de diſtrahẽdis bonis proprij debitoris *l. 1. & 2. C. ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit.* Sed id eſſet periniquum, quia creditor aliud pro alio accipere non cogitur, cùm aliter ei ſatisfieri poteſt. Quòd ſi actiones † excutiendæ, ſint litigioſæ, dubitari minùs poteſt, quin 11
earum excuſſio fieri nulla debeat, quippe quarum venditio, ſicut & alterius cuiuſlibet rei litigioſæ iure prohibeatur. Illud enim duntaxat relinquitur ſi excuſſio facienda eſt, vt litem inſtitutam ſuſcipere creditor teneatur. Quod ſanè alienum † eſſet ab ea æquitate, quæ hanc ordinis exceptionem induxit. 12
Nam cùm non odio creditoris inducta ſit, ſed fauore poſſeſſoris quatenus ei proſpici ſine creditoris incõmodo poteſt, ne fiant de lite lites, nemo non videt creditorem qui ſine litigio ſuum conſequi nequeat, non eſſe in eas coniiciendum anguſtias, vt contra debitoris ſui debitorem potiùs litigare cogatur, quàm contra pignorum ſuorum poſſeſſorem. Planè remedij loco non malè forſitan quis dixerit, non has aut illas debitoris actiones quæ litigioſæ ſunt, ſed vniuerſa ipſius debitoris bona vendi debere. Nam cùm *bonorum* nomen denotet quid vniuerſale, licèt in bonis nihil ſit præter litigioſas illas actiones, venditio † tamen valebit tanquam rei non litigioſæ, 13
quoniam vniuerſalis venditionis priuilegium illud eſt, vt multa cum vniuerſitate tranſeant, quæ alioqui non tranſirent. Vt putà fundus dotalis, res litigioſa, ius patronatus, & alia quæ ſunt ſimilia *l. quadam 62.* D. *de acquir. rer. dom.*

ERROR VIII.

De excuſſione debitoris vſque ad peram & ſacculum, vt aiunt, facienda.

SVMMARIA.

1 Sententia pragmaticorum de excutiendo debitore ad peram & ſacculum vſque antequam contra tertium poſſeſſorem pignorum agi poßit.

2 Ex opinione pragmat. non videtur bene excuſſus debitor, quàm priùs adactus ſit ad bonorum ceßionem, etiamſi appareat eum ſoluendo non eſſe.

3 Quàm iniqua ſit relata pragmaticorum ſententia.

4 Quis ſit vulgaris procedendi ordo cùm non apparet debitorem non eſſe ſoluendo.

5 Quæ ſint Iudicis partes cum creditor negat debitorem ſoluendo eſſe, ipſe verò poſſeſſor aſ[illegible]

VVLGATVM eſt pragmaticorum † brocardicum, excuſſionem debitoris ad peram vſque & ſacculum fieri debere antequàm aduerſus fideiuſſorem aut tertiũ poſſeſſorẽ pignorũ agi poſſit. Ex quo inferre † ſolent, nõ priùs videri benè excuſsũ debitorẽ, quàm adactus ſit ad bonorũ ceſſionẽ faciẽdã, 1 2

3 licèt alioqui appareat eum ſoluendo non eſſe. Quæ ſententia dici † non po-
teſt quàm creditoribus incommoda ſit & damnoſa: Cùm vix contingat
vt debitor quantumuis inops confugiat ad beneficium legis Iuliæ De ceſ-
ſione bonorum, quin priùs coniectus ſit in carceres, nullámque aliam ſui
liberandi rationem videat ſupereſſe. Atqui mens Iuſtiniani cùm ordinis
exceptionem induxit quæ fideiuſſoribus iuſtiſque pignorũ poſſeſſoribus ac-
commodaretur, non illa fuit aut eſſe potuit vt creditoribus ſuum perſequẽti-
bus lõgior mora fieret, ſed tantũ vt quoad eius ſine eorum incommodo fieri
poſſet, à proprio debitore potiùs, quàm à fideiuſſore, aut à tertio poſſeſſore
ſolutionẽ conſequerentur. Proinde ſi appareat debitorẽ ſoluẽdo non eſſe, ni-
hil cauſſæ eſt, cur contra fideiuſſorẽ aut poſſeſſorẽ agere creditor prohibea-
4 tur. Planè quandiu † id nõ apparet, nõ eſt admittẽdum vt excuſſio quæ re ve-
ra facta non fuit pro facta habeatur: ſatiſq; eſſe debet creditori ſi ex bonis ſui
debitoris cõmodè ſuũ conſequi poſſit. Itaque nihil ei proderit, ſi pragmati-
cis credimus, quòd debitorem ſoluendo eſſe neget, ſi ex contrario is qui non
factæ excuſſionis exceptionem obiicit, affirmet eſſe eum ſoluendo. Præſum-
ptio.n. eſt ſoluẽdo eſſe, maximè contra creditorẽ qui cũ eo contraxit. Siqui-
dẽ ferè eſt vt nemo cũ illo cõtrahere velit quẽ egenũ eſſe putet. Quamquam
autẽ facilè ex poſtfacto poteſt paupertas ſuperuenire, allegãtis tamẽ eſt pro-
bare non negantis. Eóque ſanè iure vtimur vt vrgẽdus non ſit fideiuſſor aut
poſſeſſor ante factá excuſſionẽ, vt indicet bona quæ excuti velit: Sed priùs &
ante omnia probare creditor debeat quantũ per rerũ naturam fieri poteſt vt
negatio probetur, id eſt per relationẽ apparitoris qui debitoris vicinos & fa-
miliares interrogauerit, nulla eſſe bona debitoris ſaltẽ quæ ſine cõtrouerſia
poſſideri queant. Quo facto tum demum ſpectat ad fideiuſſorem aut pigno-
rũ poſſeſſorẽ, vt ſi qua bona eſſe putet quæ excuti debeant, ea indicet, quod ſi
eiuſmodi indicatio per fideiuſſorẽ aut poſſeſſorẽ facta ſit ante exploratas per
creditorẽ facultates debitoris, nihil aliud à creditore exigemus niſi vt ea bo-
na excutiat quæ indicata fuerunt. Credibile namque eſt fideiuſſorẽ aut poſ-
ſeſſorẽ, qui in indicando tam diligens fuerit, ea omnia indicaſſe quæ excuti
debeant: Igitur facta eorum excuſſione liberum erit creditori ius ſuũ exequi
ſiue aduerſus fideiuſſorẽ, ſiue aduerſus pignorum poſſeſſorem. Nulla.n. hac
5 parte inter eos differẽtia eſt. Prudentiùs tamen faciet † iudex ſi creditore ne-
gante debitorẽ ſoluendo eſſe, fideiuſſore autem vel poſſeſſore idipſum affir-
mante, interloquatur & iubeat vt de facti veritate conueniant, ſub cõmina-
tione pœnę certę in eum conſtituendæ quem ex poſtfacto apparebit falsò &
per calumniam quid affirmaſſe vel negaſſe. Sic.n. fiet vt nõ tã facilè ac temè-
rè aut hic aut ille proſiliat ad affirmãdũ vel negãdũ. Affirmatione autẽ hinc,
& negatione illinc ſecuta, nõ aliæ iudicis partes eſſe poſſunt, quàm vt exigat
probationes, quas tamẽ ſi quid mei iudicij eſſet, à ſolo reo exigẽdas putarem,
nõ etiã à creditore, cũ huiuſmodi negationis quę nec loco nec tẽpore coar-
ctata eſt, omnino per rerũ naturã impoſſibilis ſit probatio, reúſque in exce-
ptione actor exiſtat & conſequẽter probatione onerari debeat, in eo præſer-
tim quod fundamentum eſt ſuæ exceptionis: Màximè cùm ſi per calumniam
quid negauiſſe creditor probabitur, condemnationem ex ea cauſſa ſubinde
paſſurus ſit. Etſi enim verũ eſt quod pro pragmaticis ſuprà obiecimus, eum
qui mutatam eſſe dicit condicionem debitoris, id eſt, ex idoneo factum ino-
pem, probare id debere: ſicut & eum qui voluntatis aut alterius cuiuſlibet
rei mu-

rei mutationem allegat. In propoſito tamen probatio ſatis hoc ipſo facta videtur quòd pignora quæ debitor contractus tempore poſſidebat, & quorum fidem creditor ſecutus erat, nunc alienata reperiuntur.

ERROR NONVS.

De excuſſione pignorum poſtremo loco alienatorum.

SVMMAARIA.

1 *An ſicut exceptio non excuſſi debitoris competit poſſeſſori conuento ante debitorem, ita debitore non exiſtente ſoluendo competat priori emptori exceptio non excuſſi poſterioris, ſi prior conueniatur.*

2 *Sententia affirmans Aegidij Magiſtri, & eius fulcimentum.*

3 *Aegidium Magiſtrum non rectè relatam ſententiam firmare per l. ſi quis habens. 25. D. qui & à quib. man.*

4 *Ex eo quod Iuſtinianus induxit exceptionem non excuſſi debitoris, cur non perinde inducenda exceptio non excuſſi poſterioris emptoris.*

5 *Colorem æquitatis, ne lites de lite fiant non ſufficere ad huiuſmodi exceptionem inducendam.*

6 *Ius vetus tales ordinis exceptiones aduerſus creditorem qui expreſſa pignoris conuentione ſibi proſpexerat nullas admiſiſſe. & num. 8.*

7 *Exponitur ſententia Moſchis. 47. D. de iur. fiſci; & aduerſus pragmaticorum opinionem inducitur.*

9 *Diſcrimen inter reuocatoriam & hypothecariam actionem.*

10 *Diſtinguendum eſſe inter tacitam & expreſſam hypothecam, quum quæritur de excuſſione debitoris facienda antequam poſſeſſor conueniatur.*

11 *In quo ſit deterior conditio tacitam hypothecam habentis, quàm habentis expreſſam: & in quo ſit melior, quàm nullam hypothecam habentis.*

12 *Quod pertinet ad excutiendos emptores poſteriores, iuri veteri ſtandum eſſe.*

13 *Modus procedendi quo ſecurè poteſt vti creditor hypothecariam contra poſſeſſores inſtituturus.*

14 *Quorundam diſtinctio reprobata.*

CVM debitor pignora omnia alienauit, nec ſoluendo reperitur eo tempore quo creditor agit hypothecariâ, dubitari adhuc ſolet an liberum ſit creditori conuenire vtrum velit ex poſſeſſoribus, an cogendus ſit aduerſus eum priore loco agere qui poſterior comparauit. Quæſtio † in eo eſt, An ſicuti exceptio non excuſſi debitoris cõpetit poſſeſſori ſi ante debitorem conueniatur, ita priori emptori competat exceptio non excuſſi poſterioris, ſi prior conueniatur. Nam de excutiendo ipſo debitore quem ponimus non eſſe ſoluendo, tractari vtiq; nõ poteſt. Probabilius † autem pleriq; putant, hoc etiam caſu exceptioni locũ eſſe debere, vrgente nimirum, vt exiſtimant eadem æquitatis ratione, ne fiant de lite lites ſi prior emptor cui bona omnia venditoris obligata fuerũt, priore loco inquietetur, cùm pro ſua indemnitate habiturus ſit regreſſum aduerſus poſteriorem, cuius tandem periculo & damno totam rem cedere oporteat, quia cum debitore iam lapſo facultatibus, & inope contraxit. Cuius ſententiæ author apud nos laudatur Aegidius Magiſter magni inter pragmaticos Gallicos nominis, & in ſuprema Pariſieñſium Curia præſes primarius, qui & ab ampliſſimo illo ordine ſic iudicatum refert ex *l. ſi quis habens 25. D. qui & à quib. manum.* vbi ſcriptum eſt, ſi quis habens creditores, manumiſerit plures ſeruos, non omniũ libertatem impediri, ſed eos qui primi ſunt liberos eſ-

ſe,donec creditoribus ſuum ſoluatur. Sed † pace tanti viri dixerim, non ſunt
3 hæc ſimilia. Nã pluribus ſeruis manumiſſis ab eo qui non fuit ſoluendo, id v-
nũ impedit libertatẽ quod lex Aelia Sentia nõ patiatur dari libertates in frau-
dẽ creditorũ qui ea ratione fraudarẽtur cùm libertates minuãt patrimonium,
ex quo creditoribus ſatisfieri oportet. Pertinet. n. ille locus ſicut & tota lex
Aelia Sentia ad ſeruos manumiſſos qui pignoris vinculo nullo tenebantur, a-
lioqui libertatem illud impediet quòd ſeruo obligato non magis quàm alie-
no directa libertas dari poſſit propter vinculum pignoris quòd per dationem
libertatis inuito creditore contra iuris rationẽ diſſolueretur, *l. generaliter* 24.
§. ſi quis ſeruo D. *de fideic. libert.* Cùm autẽ lex Aelia Sentia non omnibus ob-
ſtet libertatibus quæ dantur à debitore qui ſoluendo non eſt, ſed ij tantùm
per quas fraudarentur creditores, conſequens eſt per eam fieri vt ſi pluribus
manumiſſis vnius tantũ libertate fraudẽtur, non vtriuſq;, ſed alterutrius dun-
taxat impediatur libertas, & quidem plerunque illius qui poſteriore loco li-
ber ſcriptus eſt, vt Iulianus dicebat, quòd in dubio & cæteris paribus nihil
ſit quod meliùs dici poſſit quàm ordinem ſcripturæ ſequendum eſſe *d. l. gene-
raliter. §. quid ergo* 17. Dixi *cæteris paribus*, quia ſi maioris precij ſit is qui ante
nominatus eſt, nec ſufficiat poſteriorem retrahi in ſeruitutem, prior ſuffi-
ciat, dicendũ eſt ſequenti loco ſcriptum ſolum ad libertatem peruenturum
dict. l. ſi quis habens: vt cùm vtraque libertas ſeruari non poſſit, alterutra tamẽ
ſeruetur. At nos tractamus de bonis à debitore primũ obligatis, deĩde alio atq;
alio tẽpore venditis, quorum in eo diſpar ratio eſt quòd cũ omnia ſimul obli-
gata ſint, par & æquale in omnibus eſt ius creditoris, cuius nec intereſt an po-
ſteà huic aut illi, priore aut poſteriore loco ſint vendita hæc aut illa, quia nec
fuit in poteſtate debitoris aut emptorum creditoris conditionem facere de-
teriorem. Nec quod Iuſtinianus induxit † exceptionẽ non excuſſi debitoris, fa-
4 cere debet, vt perinde inducenda ſit exceptio non excuſſi poſterioris empto-
ris. Eſt enim cõſtitutio illa iuris veteris correctoria, proinde ſuis finibus coã-
guſtãda, nec facilè ampliãda, præſertim cùm lõgè alia ratio ſit poſterioris em-
ptoris & debitoris. Creditor enim, qui cum debitore contraxit, nõ facilè recu-
ſare poteſt, quominùs, cõtra ipſum agat, ſi agendo ſuũ conſequi æquè cõmodè
poſſit. Atqui cum poſteriore emptore nõ magis contraxit quã cũ priore, fie-
ríq; poteſt vt æquè difficilis futura ſit pignoris perſecutio aduerſus poſterio-
rẽ emptorẽ atque cõtra priorẽ: cur ergo cogamus creditorẽ vt cõtra poſterio
5 rẽ creditorẽ priùs agat? Dices, ne fiant de lite lites. Reſpondebo † æquitatis ra-
tionem hanc eſſe nõ iuris: neque tamen huiuſmodi æquitatẽ ſufficere ad ius
nouũ inducendum citra conſtitutionẽ: Alioqui dicẽdum eſſet iniquum fuiſ-
6 ſe ius vetus, quod † tales ordinis exceptiones aduerſus creditorem qui expreſſa
pignoris cõuentione ſibi diligẽter proſpexiſſet, nullas admittebat. Neque ve-
rò huius ſiue rationis ſiue æquitatis veſtigium vllum peti poteſt *ex d. l. ſi quis
habens*, in cuius ſpecie manifeſtum eſt ei qui priore loco liber ſcriptus eſt, nul
lam competere poſſe actionem aduerſus eum qui poſterior nominatus fuit,
tametſi ius ita eſſet vt primi libertas impediretur, quia quod impediretur nõ
fieret per libertatem ſecundo loco datam, ſed per legem Aeliam Sẽtiam, quæ
hac in re creditoribus vtiliſſimè proſpexit, nec rurſus pro euictione liber-
tatis actio vlla cõpetere poteſt ei qui ſeruus manet. Sicut nec priori emptori
contra quem creditor hypothecariam exercuit, actio vlla cõpetere poteſt ad-
uerſus ſecundum emptorẽ, ob id ſolùm quòd hic prior, ille poſterior emerit,

res eidē creditori æquo iure obligatas,ſed quia id quod poſteriore loco venditū fuit,priori emptori pro indēnitate obligatū reperitur.Nā ſi fingeres vēditoris eiuſdémq; debitoris bona priori emptori obligata nō fuiſſe,nemo vtique daret ei quaſi Seruianā cōtra emptorē poſteriorē,ſed ſolam ex empto perſonalē cōtra ſuū venditorē.Ita fieri neceſſe eſt,ſi pragmaticorū ſententia obtineat,vt creditori aduerſus anteriorem emptorem agere volenti priùs explorādum ſit,an emptor ille obligata habeat venditoris ſui bona omnia nécne,vt ſcire poſſit an ordinis exceptio ſibi obſtatura ſit,an nō.Quod tamē quàm ridiculum ſit nemo nō videt.Quid enim creditoris intereſt an bona poſteriore loco vendita,priori emptori fuerint obligata?Sed quid rationibus contendimus?Apertè pro nobis contra pragmaticos†vrget Paulus in *l. Moſchis* 47. *de iur fiſci*,vbi cùm Moſchis fiſci debitrix ex conductione vectigalis proponeretur heredes habuiſſe à quibus Faria Senilla & alij prædia emerant,& conuenirentur emptores propter Moſchidis reliqua,diceréntque heredes Moſchidis idoneos eſſe,& multos alios ex eiſdem bonis emiſſe, refert Paulus pronunciatum fuiſſe ab imperatore æquū eſſe priùs heredes cōueniri debere in reliquum poſſeſſorem omnem.Quorum verborum is proculdubio ſenſus eſt,nō vt poſſeſſores omnes ſimul & pro rata conueniri oporteat, quomodo nōnullos interpretari video,ſed vt quilibet ex poſſeſſorib⁹ pro arbitrio & electione creditoris cōueniri poſſit poſt excuſſos heredes. Itaq; quod ad heredes excutiēdos attinet admittitur exceptio nō factę excuſſionis, quod ad poſſeſſores verò,nō admittitur.Et rectè.Nō enim ſicut facilè ſcitur quis debitor ſit aut heres debitoris,ita facilè ſciri poteſt quis ex poſſeſſoribus poſtremus omnium comparauerit:ex quo illud etiam fit vt dici nō poſſit æquè cōmodè creditorem agere poſſe contra poſteriorem emptorem atque contra priorem: cùm multò facilius ei fuerit explorare quis poſſeſſor ſit , quàm quo ordine.Cur non ergo idem in cæteris creditoribus obtinebit quod in fiſco admiſſum eſt,vt arbitrium habeant eligendi & conueniendi cuiuſlibet poſſeſſoris? Neque enim priuilegium fiſci vllum in eo eſt,cùm heredes debitricis ſuæ excutere cogatur priuſquā poſſeſſores vrgere & inquietare ei liceat. Quin potiùs non abs re quis exiſtimare poſſit,deteriorem fiſci hac parte,quàm cæterorum creditorum cauſſam eſſe,quando†nullo alio Pandectarum loco re- 8
perias creditorem hypothecarium repelli exceptione non excuſſi debitoris. Veriſſimū enim eſt quod iā dixim⁹,ius hoc nouū eſſe & à Iuſtiniano inductū contra iuris veteris rationem:quæ creditori electionem dabat,an contra debitorem eiúſue heredes perſonalē actionem,an potiùs contra poſſeſſores hypothecariā exercere vellet.*l. diſtractis* 14.*l. perſecutione* 24.*C. de pignor*.Scio excutiendum eſſe debitorem priuſquàm conueniātur poſſeſſores cùm creditor
agit reuocatoria.*l. 1. C. de reuoc. his quæ in fraud. cred.*Sed alia reuocatoriæ†alia 9
hypothecariæ actionis ratio eſt.Hypothecaria datur contra eum qui res obligatas poſſidet,ac proinde ei qui ex iure proprio, ſibíque per cōuentionem quæſito agit.Reuocatotia verò contra eū qui tenet bona debitoris nullo vinculo pignoris obligata,ſed tamen in creditorū fraudem alienata.Itaque datur creditori non quaſi ei acquiſita proprio iure & ex aliqua conuentione, ſed ex mera indulgentia prætoris,qui ceſſante iuris ciuilis auxilio vtilē in factū actionē in eā rem introduxit:Fauore ſcilicet creditorum,qui alioqui fraudarētur.Atqui per ſolā alienationē nō fraudantur creditores,ſed ita demum ſi per alienationem factum ſit vt minùs ſuperſit in bonis debitoris quàm ſufficere

poſſit ad dimittēdos creditores: quod ipſum nō aliter ſciri poteſt quàm ſi excuſſus ſit debitor, & quidem ad perā vſque & ſacculum, adeò vt nec priùs benè excuſſus videri debeat, meo iudicio, quàm adactus ſit ad bonorum ceſſionē faciendam, vt in hoc ſaltē melior condicio ſit eius qui emit res non obligatas quàm eius qui obligatas: item quòd in edicto prætoris fraus non tantùm conſilio, ſed etiā re & effectu accipiatur, fraus verò in effectu nulla eſſe poſſit, niſi in eo, quod à debitore nullo prorſus modo ſeruari poteſt. Itaque iniutum non eſt fieri hoc caſu excuſſionē debitoris ex optima, imò neceſſaria iuris ratione. At cùm bona quæ à tertio poſſidentur ſunt creditori obligata, non eſt prohibēdus creditor, quominùs iure ſuo vtatur, & pignoris conuentionem exequatur, prohiberetur autem ſi non niſi excuſſo debitore poſſeſſores inquietare poſſet: Pignoris enim vtilitas præcipua in eo verſatur, vt etiam poſteaquàm alienatum fuerit à debitore, ſaluā habeat creditor eius perſecutionem. Cogit me tamē Paulus in *d.l Moſchis*, itémque quod in eandem ſententiam ſcriptum eſt in *l.1.C.de conuen. fiſc.debit.lib.*10. vt diſtinguēdam
10 hîc putem † hypothecam tacitam ab expreſſa: vt, quod nos contendimus excuſſionem debitoris heredúmve ipſius faciendā nō eſſe, ad eū caſū pertineat quo hypotheca ſit expreſſa, nō ad illū etiā quo tacita duntaxat. Pignus enim quod habet fiſcus in bonis ſui debitoris citra vllam pignoris conuentionem, nō niſi tacitū eſſe poteſt *l.auffertur 46.§.fiſcus D.de iur.fiſc.l.2.C.in quib. cauſſ. pign.vel hypoth.tacit.contr.* Diſſimilitudinis autem huius quam inter tacitā & expreſſam hypothecā cōſtituimus eadē ferè ratio eſt quæ illius quā proximè diximus eſſe inter hypothecariam & reuocatoriam actionem. Nēpe quòd pignus tacitum non ex contrahentium pactione & conuentione, ſed ex ſola legis poteſtate inducatur, legis inquam id agentis vt quibuſdam creditoribus faueat propter perſonarum aut negotiorum fauorabiliorem condicionem ne periclitentur omiſſa fortaſſe per imperitiam aut per incuriam ſpeciali pignoris conuentione. Porrò hactenus ei ſuccurrendum fuit ne damnum ſentirent, non etiā vt eodē in omnibus iure vterentur, quo ſi per expreſſam pignoris conuentionem ſibi cauiſſent. Solet.n.plenior eſſe hominis prouiſio quàm legis. Qui autem hypothecam tacitam ex priuilegio habent, vt fiſcus, mulier & aliæ eiuſmodi perſonæ, periclitari non poſſunt, quandiu debitor ipſe idoneus eſt & ſoluendo. Non ergo ijs permittendū fuit vt tacitæ hypothecæ priuilegio abuti poſſent in necē poſſeſſorū, quandiu à debitore aut debitoris heredibus conſequi ſuū poſſent, quaſi nec priùs conſtituta per legem hypotheca vlla tacita, quia nec neceſſe fuit, vt conſtitueretur: Licèt ex poſtfacto ſi appareat eo tēpore quo agitur neceſſariū fuiſſe priuilegiū tacitæ hypothecæ ne in damno creditor moretur, poteſtas legis retrotrahat conſtitutionē taciti pignoris ad id tēpus quo contractū eſt vt inter creditores nō niſi tacitū pignus habentes idē tēporis ordo ſeruetur, qui ſeruaretur ſi expreſſum pignus haberēt *l.ſi qui mihi 28.D.de iur.fiſc.* de cuius ſentētia ſcripſimus *lib.2.Coniect.iur.ciuil.ca.*10. Ex quo loco apparet fiſcū in iure illo tacitæ hypothecæ nō eſſe deterioris cōdicionis quàm cæteros qui tacitā dūtaxat hypothecam habent, cuius & in alijs pleriſque iuris partibus cauſſa fauorabilior eſſe ſolet. Quod cùm ita ſit, quidni ad alios creditores taciti tantū pignoris iure hypothecariam exercentes, idē obtinebit, quod in fiſco conſtitutū eſt, vt nōniſi excuſſo debitore eiúſue heredibus cōtra poſſeſſores agere poſſint? Alioqui eſſet fiſcus deterioris condicionis: quod non eſt admittendum. Ergo

erit

Digitized by Google

erit durior† cauſſa creditoris tacitâ duntaxat hypothecã ex priuilegio haben- 11
tis, quàm ſi expreſſam haberet in eo quod etiã iure Pandectarũ inſpecto ex-
cuſſionem debitoris facere cogitur, quam non facit is qui expreſſam habet,
ceſſante Iuſtiniani conſtitutione: Melior tamen quàm ſi hypothecam nullam
haberet, non in eo ſolùm quod habet ius perſequendæ hypothecæ contra
quemlibet poſſeſſorem excuſſo demum debitore, licèt fraudis conſilium in
alienando nullum interuenerit, ſed in illo etiam quod poſterioribus credi-
toribus quantumuis expreſſam hypothecã habentibus præferendus eſt per-
inde acſi expreſſam haberet *d.l.ſi qui mihi.* Item in eo quod cogendus non eſt
debitorẽ excutere ad perã vſq; & ſacculũ, id eſt, eum adigere ad imploran-
dũ auxiliũ ceſſionis, quomodo cogeretur ſi nullam hypothecam haberet, nec
actionem aliam quàm reuocatoriam, quia legis tacitã hypothecã inducentis
mens illa eſt vt eo caſu quo hypothecæ locus erit, non minùs ex ea commodi
creditor ſentiat quàm ſi per expreſſam pignoris conuentionẽ ſibi proſpexiſ-
ſet: diximus autẽ expreſſo pignore conſtituto non vſq; adeò iniuriosè agendũ
eſſe cũ creditore vt nõ potiùs tertios poſſeſſores inquietare poſſit, quàm à de-
bitore ceſſionẽ bonorũ extorſerit, quia nec facilis nec cõmoda ſit ea ratio de-
biti cõſequendi: nec proinde illi iniungenda, qui acceptis idoneis pignorib.
diligenter ſibi cauerat, ne in eas ipſas vigendi & eligendi debitoris anguſtias
conijceretur. Nec eſt quod quis dicat, fruſtra † nos propoſitam quæſtionẽ re- 12
uocare ad ius Pandectarũ quod Iuſtiniani conſtitutione abrogatum eſt. Nam
quod pertinet ad excutiendos emptores poſteriores, nihil Iuſtiniani cõſtitu-
tio ea de re cauit. Proinde ius vetus ſaluũ manet. Id.n. tantũ Iuſtinianus con-
ſtituit vt ante omnia excuſſio fieri debeat ipſius debitoris heredúmve eius
itémq; fideiuſſorũ, & aliorũ ſi qui ſint interceſſorum: quo facto permittit vt
aduerſus pignorũ poſſeſſores agatur ſine vlla ordinis aut tẽporum diſtinctio-
ne. Quod omniũ minimè prætermiſiſſet ſi vltro prætermittere voluiſſet. Sed
& eo caſu quo excuſsionẽ fieri Iuſtinianus iubet, non id proculdubio agit vt
iuſtum creditorem damno vel incommodo aliquo adficiat, ſed tantùm vt bo-
næ fidei poſſeſſori conſulat quantum ſine creditoris incommodo & vexatio-
ne id fieri poteſt. Ne quis tamen † dubitationi locus relinquatur, ſuaſerim vt 14
creditor hypothecariam inſtituturus contra poſſeſſores poſt excuſſum debi-
torem, poſſeſſores omnes in ius vocari curet, poſtmodum inter ſe diſputatu-
ros, apud eundem iudicem, cuius ex ipſis bona priùs vendi oporteat, quiſve
prior aut poſterior acquiſiuerit. Ita enim fieri non poterit vt malè egiſſe vi-
deatur, aut vt excuſsionis non factæ exceptione repellatur: quandoquidẽ cer-
tum eſt ex huius vel illius pignoris venditione omnimodo ei ſatisfieri opor-
tere. Nam & pragmatici ipſi qui contendunt excuſsionem poſteriorum em-
ptorum fieri debere, fatentur tamen non aliter id locum habere quàm ſi bo-
na poſteriore loco alienata poſſideri ſine controuerſia & vendi poſſint: non
etiam ſi poſſeſſor intercedat, & agenti creditori controuerſiam faciat. Eſt. n.
generale vt bonorũ quæ ſine controuerſia poſsideri nequeunt, excuſsio fieri
non debeat: ſicut & pro excuſſo habetur debitor qui facilè conueniri non po-
teſt, tametſi ſit ſoluendo. Idoneus ſiquidem æſtimatur quis, non tantùm ex fa-
cultatibus, ſed potiſſimum ex conueniendi facilitate. Nec ſanè æquum eſſet
creditorem cogi litem inſtituere aduerſus poſteriorem emptorem, cùm ob
hoc ipſum excuſsionis non factæ exceptio ei obijciatur, ne litium multipli-
candarum occaſio & materies augeatur. Apparet autem ex ſuperioribus nec

Digitized by Google

14 diſtinctionem† illam placere poſſe quam plerique probant, an tractemus de hypothecaria per creditorem inſtituta contra emptorem, an de regreſſu emptoris contra alium ex poſterioribus emptoribus, quaſi hoc caſu facilius quàm illo concedenda ſit poſſeſſori exceptio non factæ excuſſionis. Neutro enim caſu aut ratio iuris aut Iuſtiniani conſtitutio exceptioni huic locum relinquit.

ERROR DECIMVS.

Si debitoris debitor à creditore hypothecario conueniatur.

SVMMARIA.

1 *Nomen debitoris pignori dari poteſt.*

2 *Creditor hypothecarius quomodo agere poſſit aduerſus debitorem debitoris.*

3 *Perſonalem actionem non poſſe exerceri aduerſus debitorem debitoris ſine ceſſione, contra pragmaticos.*

4 *Error pragmaticorum putantium debitori debitoris aduerſus creditorem competere exceptionem non factæ excuſſionis.*

5 *Caſus quo debitoris debitori competit exceptio non factæ excuſſionis.*

6 *Diſtinctio in hac quæſtione obſeruanda.*

6 *Chirographarius creditor non poteſt debitoris ſui debitorem conuenire.*

1 ETSI nomen † debitoris ſtricto iure pignori dari non poteſt, vtilitatis tamen cauſſa receptum eſt inductúmq; à prætoribus vt eius oppignoratio defendatur, verunque propter eas rationes quæ nos fuſiùs tractauimus *lib. 8. Coniect. cap. 15. & 16.* Quare & ſi generaliter bona debitoris obligata ſint, dummodò non fuerit adiectum *mobilia & immobilia*, nemo dubitat quin iura & actiones quę tertiã bonorũ ſpeciem conſtituunt, & conſequenter nomina debitorum conti-
2 neantur: Proinde aduerſus† debitòris debitorẽ tanquam in alias quaſlibet res obligatas hypothecariam exercere creditor poteſt, non vt perſonali actione experiatur, quæ nõ niſi vero creditori, aut ei cui cauſſa vel mãdata fuerit, dãda eſt, ſed vt nominis diſtractionem petere poſſit, aut debitorem proprium adigere ad faciendam nominis ceſsionẽ. In quo primum errare pragmatici vulgo ſolent. Exiſtimant.n. plerique oppignorati nominis vtilitatẽ, in eo verſari vt creditoris creditor paratũ habeat exercitium perſonalis actionis ſaltem vtilis aduerſus debitoris ſui debitorem, nulla etiam ceſsione facta: quod ta-
3 men † non minùs abhorret à recta iuris ratione, quàm ſi quis dicere fundum obligatum hoc ipſo quod obligatus eſt acquiri creditori pleno iure, fieríque proprium ipſius. Certum enim eſt ex cauſſa pignoris non transferri dominiũ in creditorem, ſed tantùm diſtrahendi dominij facultatem. Prius verò eſt vt actionẽ quis habeat ſiue proprio iure, ſiue ex ceſsione quàm vt eam exerce-
4 re poſsit. Sed & alius nonnullorum pragmaticorum† error in eo eſt, quod vulgo putant debitoris debitorem ſi recta per hypothecariam conueniatur perinde iuuãdum exceptione non factæ excuſsionis, atque alium quemlibet tertium poſſeſſorem, quoniam & hic tertius eſt. Etſi.n. verum eſt eſſe illum tertium cùm non ſit debitor agentis creditoris, vt proximè dicebamus, non poteſt tamen videri poſſeſſor, cùm iura quæ ſunt incorporalia minimè poſsideãtur. Atqui exceptio non factæ excuſsionis aduerſus hypothecariã, ſolis poſſeſſoribus competit, nec niſi fauore poſſeſsionis tuendæ, & metu litium multiplicandarum, propereà quòd poſſeſſori conuento & condẽnato dandus eſſet

ſet

ſet regreſſus contra debitorem,litémque nouã eo nomine inſtitui oporteret.
Ergo fieri non poteſt vt competat debitori debitoris, qui non ſolùm poſſeſ-
ſor non eſt,ſed nec regreſſum vllũ habere poteſt aduerſus propriũ creditorẽ
ob cuius debitum conuenitur,tametſi ſoluerit creditoris creditori, quando-
quidẽ ea ſolutione perinde liberatur,ac ſi proprio creditori ſoluiſſet, ſiue ceſ-
ſio actionis aliqua facta ſit,ſiue nulla, niſi quod facta ceſſione liberatur ipſo
iure,quia proprio creditori ſoluiſſe intelligitur,aut ſaltem ex eius voluntate:
ſi autem ceſſio nulla facta ſit, liberatur ope exceptionis quam prætor in eam
rem accõmodat *l.ſi conuenerit.D.de.18.pig.act.* Cæterum in effectu nihil refert
an ipſo iure cõpetat liberatio an auxilio exceptionis:nec quicquã abeſſe vi-
detur ei qui ſoluit quod debuit ſi ea ſolutione liberationẽ quoquomodo cõ-
ſecutus ſit,licèt alij ſoluerit quàm cui debuit:in eo;apertiſſimè differt debi-
tor debitoris à tertio poſſeſſore,qui vtiq;ſi alieno creditori ſoluat, vt poſſeſ-
ſionẽ ſuam retineat,tanto peior factus eſſe creditor,quia incipit rem ha-
bere ex noua cauſſa & ob litis æſtimationẽ à ſe ſolutam, quæ quaſi noua em-
ptio eſt:Ideóque nimirũ,neceſſe eſt regreſſum ei dari contra debitorẽ à quo
iam emerat, alitérue ſibi acquiſiuerat ne in damno moretur. Vnde illud etiam
fit,vt ſi nullã indemnitatis actionem poſſeſſor habeat, fortè quia nudus poſ-
ſeſſor ſit nullum habent titulũ,iuuandus non ſit huiuſmodi exceptione, quaſi
ceſſante ratione quæ dandæ exceptionis æquitate introduxit.Obſeruanda ta-
men eſt differentia inter pignus nominis expreſſa conuentione cõſtitutum,
& illud quod iudicis autoritate capitur in executione iudicati, aut quod hac
parte idẽ eſt,inſtrumenti garentigiati quod pro cõdemnatione habetur.Nam
hoc poſteriore caſu †non aliter pignus rectè captũ & per ipſam capionẽ con- 5
ſtitutũ intelligitur quàm ſi alia bona nulla ſint quæ capi poſſint:Proinde cõ-
petit debitori debitoris exceptio nõ factæ excuſſionis *l.2.C.quãd.fiſc.vel pri-
uat.* Nẽpe quia cùm nominis oppigneratio ipſo iure non teneat,ſed tuitione
tantũ prætoria,fruſtra iudex,ſe interponat ad conſtituendũ pignus in nomi-
ne debitoris,quandiu alia bona ſunt quorũ condicio & natura ea ſi vt pigno-
ris obligationẽ poſſint admittere. Nam & cùm neceſſitas cogit vt nomen de-
bitoris pignori capiatur.ſ.nullis aliis bonis extantibus,attamẽ nõ tã pigno-
ris iure capi dicitur,quàm pignoris loco,vt ait *d.l.2.* hoc eſt in ſubſidiũ, nullo
ſe pignore adhærente:vt obſeruauimus *lib.8 Coniect.cap.17.* Vbi etiam monui-
mus quod ad rem noſtram valdè pertinet, nec à pragmaticis benè animad-
uerſum eſt,multùm †intereſſe an nomẽ debitoris expreſſa conuentione obli- 6
gatum ſit,an ſola legis poteſtate. Nam ſi tacitè & ſolius legis auxilio pignus
conſtitutum proponatur,perinde iuuandus eſt debitor exceptione non factæ
excuſſionis ſi alia ſint bona,atque ſi magiſtratus autoritate in executione iu-
dicati nomen pignoris loco captum eſſet *l.nõ prius 4.C.quand.fiſc. vel priuat.*
Non ſolùm quod iam olim id obtinuerit quotieſcúmque ex tacita hypotheca
ageretur,quemadmodum à nobis ſupra diſputatũ eſt *error.9.ex l.Moſchis* 47.
ff.de iur.fiſc. ſed etiam quòd neceſſe non ſit conſtitui à lege ius pignoris ſicut
nec à magiſtratu in ea re quæ ſui natura vinculum obligationis ſuſpicere ne-
queat quandiu in aliis rebus,& commodiùs, & vt ita dicã naturaliùs conſti-
tui poteſt. At cùm expreſſa ſiue generali ſiue ſpeciali conuentione pignus
contractum eſt in nominibus debitorum,poſtquàm placuit eam conuentio-
nem valere,nihil cauſſæ eſt cur non rectà conueniri poſſit debitor debitoris
per hypothecariam,non quidem ita vt perſonali actione vrgeatur ad ſolu-

tionem ſicuti à nobis proximè dictum eſt,ſed ita vt proprio creditori ſolue-
re prohibeatur,noménque ſuum perinde ac fundum, aut quamlibet aliam rē
pignori obligatam publicè & ſollēniter diſtrahi patiatur: quæ actionis hypo-
7 thecariæ formula & condicio eſt.Alioqui conſtat chirographarium† credito-
rem non poſſe debitoris ſui debitorem conuenire *l.penult.C.de nouat.*

ANTONII FABRI IC.

DECAS SEXTA.

ERROR PRIMVS.

De iure & ordine creditorum tacitam duntaxat hypothecam habentium, & quid ſi habeant etiam expreſſam.

SVMMARIA.

1 *Sententia pragmaticorum erronea de ordine creditorum tacitam duntaxa hypothecam habentium.*

2 *Inter hypothecarios creditores ſiue hypotheca fuerit tacita,ſiue expreſſa,qui prior eſt tempore,potior eſt iure.*

3 *Caſus quo tacita hypotheca minor eſt vis quàm expreſſa.*

4 *Quibus is qui tacitam duntaxat hypothecam habet licèt ſit poſterior tempore præferatur ei qui expreßam habet.*

5 *Ex l.ſi qui 28.D.de iur. fiſc. probari eum qui nonniſi tacitam hypothecam habet præferendum eſſe poſteriori expreßam habenti.*

6 *Habens tacitam hypothecam ſi deinde ſibi caueat per expreſſam taciti privilegium amittit.*

7 *Exponitur l.vlt.C.de pact.conu. tam ſup. dot.*

8 *De d.l.ratione ſententia Iac.* Cuacij *refertur & refellitur.*

9 *Qui pignus accepit,ſi poſtea nouatione facta idē pignus accipiat priſtinum temporis ordinem retinet.*

10 *differentia inter expreſſam & tacitam hypothecam.*

11 *Creditor habens tacitam hypothecam ſi proteſtetur cùm acquirit expreſſam,ius anterioritatis retinet.*

NON deſunt inter pragmaticos† qui putent creditorum taci-
1 tam duntaxat hypothecam habentium ordinem illum eſſe
debere,vt ſolis chirographariis aliiſque nudis creditoribus
præferantur,cæteris vero expreſſam habentibus hypothecā,
licèt tempore poſterioribus poſtponantur. Horum inſci-
tiam minùs admirarer,ſi non eſſent ex eorum numero , qui
non modò politiores , ſed etiam eruditiores ſibi videntur.
Nam,quid obſecro dici poteſt ineptius? Iuris ſiquidem regula eſt,inter credi-
2 ditores† hypothecarios eum qui prior eſt tempore eſſe etiam iure potiorem,
l.2.l.ſi fundum 4.C. *qui potior.in pignor.hab l.potior.*11.*& paß.D.eod.* Neque lex
aliqua eſt quæ diſtinguat hac parte hypothecam tacitam ab expreſſa,ſicut nec
diſtinguendi ratio vlla eſt, cùm obligatio pignoris ex die contractus nata
intelligatur ſi nihil ſit quod impediat ne tū naſcatur,vt quia fortaſſe aliquid
adhuc ſuperſit faciendum quod poſteà factum ſit, vt in *l.* 1. *in fin. & d.
l. potio.* 11. *§. ſi colonus. eo.* Ex quo autem nata eſt , rem ipſam affi-
cit quandiu pecunia ſoluta non eſt *l. grege* 13. *§. etiam D.de pignor.* Nec mi-

nor †

non † taciti vis eſt quàm expreſſi, niſi quod attinet ad ſeruos propter pẽſionẽ 3
obligatos: qui ſi expreſſim obligati ſint, non poſſunt manumitti, ſin tacitè
duntaxat, poſſint *l. licet 6. & l. eſt differentia 9. D. in quib. cauſ. pign. vel hypoth.
tacit. contr.* Sed & interdum euenit vt qui tacitam † duntaxat hypothecam ha- 4
bet licèt poſterior ſit tempore, habeat tamen priuilegium prælationis vt etiã
anterioribus expreſſam hypothecam habentibus anteponatur, quemadmodũ
cernere eſt in eo qui pecuniam credidit ob ædificij reſtitutionem, quẽ cõſtat
habere priuilegium non ſolùm tacitæ hypothecæ, ſed etiam prælationis *l. 1.
eod. l. creditor 25. D. de reb. credit. l. interdum & ſeq. D. qui potior. in pignor. hab.*
Item in pupillo ex cuius nummis res comparata eſt *l. idémque 7. eod. l. 3. in princ.
D. de reb. eor. qui ſub tutel.* Sed apertiùs in muliere ex conſtitutione Iuſtiniani
in *l. aſſiduis 12. C. qui potior. in pigno. hab.* ſecundùm eam interpretationẽ quam
nos tradidimus & probauimus *lib. 8. Coniect. cap. 11.* Ita autem ius commune
eſſe, vt qui non niſi tacitam hypothecam habet, præferatur poſteriori credi-
tori habenti expreſſam, conſtat † eleganter ex *l. ſi qui mihi 28. D. de iur. fiſc.* 5
quæ licèt de fiſco loquatur, non tamen fiſci priuilegio aliquo nititur, ſed ra-
tione illa quæ tota eſt iuris communis, quòd pignoris cauſſam fiſcus præue-
nerit. Sic namque Papinianus reſponſi ſui rationem concipit: *præuenit enim
cauſſam pignoris fiſcus.* Nec alia dubitandi ratio erat apud Papinianum, quàm
quòd in bonis futuris fiſco tacitè, priuato autem anteà & expreſsè obligatis
priuatus præferendus eſſe aut ſaltem vterque in pignore concurrere videre-
tur, ſicut dici ſolet cùm pluribus bona futura diuerſis temporibus ſunt obli-
gata *d. l. idémque, §. 1. D. qui potior. in pignor. habeant.* Sed alia hac in re & potẽ-
tior cauſſa eſt taciti pignoris quàm expreſſi, propter eam rationem quę à no-
bis ad illum Papiniani locum allata eſt *lib. 2. Coniect. cap. 10.* Hæc autem quæ
diximus ita obtinent ſi tacitam hypothecam nihil impediat. Nam ſi is † cui 6
lex tacitæ hypothecæ priuilegium alioqui daret, ſibi cauerit per expreſſam
ſiue in ipſo negotio ſiue ex poſt facto, puto expreſſam facere vt priuilégio
nullus locus eſſe poſſit. Id enim eſt quod dici ſolet Expreſſum facere ceſſare
tacitum: quia nec neceſſe eſt vt lex ei proſpiciat qui ipſe ſibi proſpexit, cùm
tacitæ hypothecæ priuilegium non aliam ob cauſſam ſit inductum, quàm vti
ne periclitetur creditor qui ex iuſta aliqua cauſſa priuilegio & auxilio dignus
videatur. Quæ ſententia & ratio † eſt *legis vltimæ Cod. de pact. conuent. tam* 7
ſup. dot. vbi Iuſtinianus licèt alioqui mulieribus ſupra modum fauere ſolitus
non aliter tamen iis dat priuilegium tacitæ hypothecæ pro bonis parapher-
nalibus, quàm ſi expreſſam nullam adhibuerint. Expreſſa namque pignoris
conuentione intercedente eas ſolas mariti res obligatas eſſe vult quæ expreſ-
ſim pignori datæ ſunt, non item cæteras quæ alioquin tacitæ hypothecę vin-
culo continerentur. Nec eſt † quod cum *Iacobo Cuiacio* ſubtilem agas, qui in 8
Obſeruat. poſterioribus negat hypothecam tacitam perimi per expreſſam, con-
tendens in illa Iuſtiniani lege non tam extingui tacitam hypothecam, quam
non naſci, cùm expreſſa interuenit, vtpote quam nec aliter inducere Iuſtinia-
nus velit, quàm ſi de pignore nihil conuenerit. Nam reſpondeo ita Iuſtinianũ
conſtituiſſe, quia non aliud ex iuris ratione conſtituere potuit: quando ea eſt
hypothecarum omnium legalium quas tacitas appellamus condicio & na-
tura, vt eum expreſſa concurrere numquam poſſint, nec ſanè vllus iuris locus
eſt qui repugnet, ſi ſolam dotis cauſſam excipias, de qua ſequenti capite dice-
mus. Quibus conſequens eſt, vt ſi is qui ab initio tacitam hypothecam ha-

buit,& eo iure poſteriores creditores, licèt expreſſam hypothecam habentes vincere potuit, poſteà expreſſim pignus acceperit poſtponendus ſit cæteris creditoribus hypothecariis qui medio tempore contraxerunt: quia cùm tacitam hypothecam nullam habeat, ſupereſt expreſſa ſola in qua poſterior eſt.
9 Nec rectè comparabitur ei qui cùm pignus † accepiſſet poſteà nouatione facta idem pignus accepit: quem Papinianus reſpondit in ſui ipſius locum ſuccedere,& priſtinum temporis ordinem retinere *l.3. l.creditor* 12. *§.Papinianus*
10 D.*qui potior.in pignor.habeant.* Expreſſa † namque hypotheca quæ facti eſt, fieri nequit vt pro non expreſſa habeatur. Tacita autem ſicut ex lege & iure eſt, ita facilè per legem iuriſque rationem in eum ſtatum reduci poteſt, vt nunquam com etiiſſe exiſtimetur, licèt aliquando re vera competierit: nimirum accedente expreſſa, quæ facit quandocunque ſuperueniens vt ceſſet ratio tacitæ inducendæ,& conſequenter vt inducta finiatur. Nam quemadmodum lex nihil fingit fruſtra, ita nec fictionem quæ aliquando vtilis eſſe potuit, retinet ex quo incipit fieri inutilis, id eſt ex quo peruenit ad eum caſum à quo
11 non potuit incipere. Igitur debebit † creditor ille de quo tractamus proteſtari cùm acquirit ſibi ius expreſſę hypothecę, velle ſe ſaluum ſibi manere ordinem, quem alioqui ex tacita hypotheca erat habiturus inter hypothecarios creditores. Neque enim dubitandum eſt quin eiuſmodi proteſtatione ius anterioritatis retenturus ſit, cùm nulla ex eo iniuria fiat illis quibus medio tempore ius quæſitum eſt, quos æquè ſuperaturus erat etſi tacitam duntaxat hypothecam habuiſſet: quamuis neque proteſtando, neque paciſcendo tacitam ipſam hypothecam ſibi retinere poſſit, quam facto ſuo amiſit hoc ipſo quod beneficio legis contentus eſſe noluit, qui expreſſam ſibi comparauit, atque ita effecit, ne legis auxilio indigere ampliùs videri poſſit.

ERROR II.

De muliere habente expreſſam & ſpecialem hypothecam pro dote.

SVMMARIA.

1 *Mulier Pandectarum iure nullum pro dote priuilegium habebat niſi inter chirographarios creditores.*

2 *Hodie verò habet duplex priuilegium tacita ſcilicet hypotheca & prælationis.*

3 *Prælationis illud priuilegium quale.*

4 *Quo caſu qui poſterior contraxit præferatur anterioribus hypothecam expreſſam habentibus.*

5 *Caſus quo ex iure communi mulier præferenda eſt anterioribus creditoribus expreſſam hypothecam habentibus.*

6 *Eſt quidem abſurdum vt mulier pro dote creditoribus anterioribus expreſſam hypothecam habentibus anteponatur: ita tamen à Iuſtiniano conſtitutum eſt.*

7 *Tertium mulieris priuilegium pertinens ad tacitam hypothecam quam pro dote habet.*

8 *Refellitur error pragmaticorum negantium ſpecialis hypothecæ excuſſionem ante omnia facere teneri mulierem, ſed ei ius eſſe cætera mariti bona perſequi ſi velit.*

9 *Nullum eſt dotis priuilegium aduerſus exceptionem non factæ excuſſionis.*

10 *Tacitam hypothecam quando lex inducat.*

11 *Mulier dotem repetens excuſſa ſpeciali hypotheca poteſt ad generalem regredi.*

Mulier

MVLIER † quæ Pandectarum iure nullũ pro dote priuilegium 1
habebat niſi inter chirographarios creditores, quorũ priuilegia
non ex tẽpore æſtimari ſolẽt,ſed ex cauſſa,hodie Iuſtiniani con-
ſtitutionibus duplex†priuilegiũ habet,tacitæ ſcilicet hypothecę, 2
& pręlationis *l.vnic.C de rei vxor.act.l.aſſiduis* 12 *C. qui potior.in pignor.hab.*
& *Nouell.*97.*de æqual.dot.*Pręlationis,†in quã,vt creditorib. cæteris omnib. 3
etiã anterioribus præferatur,nõ ſolùm ſi tacitã hypothecam habeant,vt vul-
gò pragmatici poſt interpretes ſentiunt,ſed & ſi expreſſam. Hanc enim Iu-
ſtiniani mentem & ſententiam eſſe probauimus *libro* 8. *Coniecturar. cap.* 11.
*& ſeq.*Iniquiſſimam ſanè ſi iuris rationem inſpicias. Etſi enim non eſt no-
uum vt qui poſterior contraxit præferatur anterioribus expreſſam quoque
hypothecam habentibus.Id tamen †vix eſt vt alio vllo caſu contingat,quàm 4
quo pecunia creditoris poſterioris ſaluam fecerit aut præbuerit pignoris
cauſſam,vt in iis ſpeciebus quas Iureconſulti tractant in lege *interdum* 5.*&*
*duabus ſequentibus.*D.*qui potior.in pignor. habeant.*At ex dote nihil omnino
commodi poteſt accedere creditoribus anterioribus , niſi ponas ex dotali
pecunia comparatum fundum , qui per hypothecariam vindicetur ex fu-
turorum bonorum obligatione.Hoc enim † caſu fatebor libentiſſimè mu- 5
lierem in eo fundo cæteris omnibus præferri debere,& quidem non ex pri-
uilegio , ſed ex iure communi , *lege licet* 7. *C. qui potior.in pignor. habeant.*
Nimirum concurrente priuilegio tacitæ hypothecæ quæ facit vt neceſſaria
non ſit expreſſa, quæ alioqui neceſſaria eſſet. Extra hunc caſum non nego
quod interpretes affirmant nihil poſſe dici abſurdius † quàm vt mulier 6
pro dote creditoribus anterioribus expreſſam hypothecam habentibus an-
teponatur: Sed nego conſecutionem , ſi quis ex eo cum interpretibus &
pragmaticis inferre velit id ipſum à Iuſtiniano cõſtitutum non fuiſſe. Quis
enim neſciat quàm impenſè & plus æquo mulieribus fauere Iuſtinianus
voluerit? Aut quis miretur Iuſtiniani conſtitutiones nouas & correcto-
rias à iuris & æquitatis ratione diſſentire? Denique hîc illud Vlpiani
verbum obtinet, *Dura quidem lex, ſed ita ſcripta eſt.* Aliud & tertium mu-
lieris † priuilegium eſt quod attinet ad hypothecam tacitam quam ha- 7
bet pro dote. Nam ſi mulier tacito pignore non contenta,expreſſa pigno-
ris conuentione ſibi proſpexerit , ita tamen vt maior taciti quàm expreſſi
pignoris vtilitas conſtare poſſit , dicendum eſt non eo minùs tacitam hy-
pothecam locum habere, quæ alioqui per expreſſam perimeretur , vt pro-
ximo capite diſputauimus. Exemplum eſto,Si expreſſa pignoris conuen-
tio facta ſit ex interuallo poſt dotis conſtitutionem , & eo tempore quo ius
quæſitum iam ſit aliis qui medio tempore cum marito ſub pignore contra-
dixerunt.Si enim mulier iure communi vteretur,amitteret non modò pri-
uilegium temporis , ſed etiam hypothecam ipſam tacitã propter expreſſam:
Et ideò ne adiectio expreſſi pignoris deteriorẽ faciat dotis & mulieris con-
dicionem, hypotheca tacita ſalua manet.Exemplũ alterum eſt,ſi expreſſa pi-
gnoris conuentione certa duntaxat bona mariti obligata ſint. Nam nec hęc
conuentio mulieri noceret ſi tacita hypotheca quæ generalis eſt per expreſ-
ſam ſpecialem perempta intelligeretur.Siquidẽ negari non poteſt quin mu-
lieris interſit habere obligata generaliter bona omnia mariti potiùs quàm
aut hæc aut illa ſpecialiter.Hucuſque priuilegij ratio tota ex eo proficiſcitur,
quòd dotis cauſſa & condicio nulla pactione deterior fieri poſſit, id eſt, ne

muliere quidem volente, quoniam ea res non tantùm ad priuatam mulieris vtilitatem pertinet, ſed etiam ad publicum reipublicæ fauorem *lege Atilicinus* 17. D. *de pact. dotal.* Quod nec pragmatici ipſi ignorant. Sed in eo
8 tamen labuntur, † quòd exiſtimant mulierem quæ pro dote ſpecialiter pignora quædam accepit, non minùs iuris habere ſi ex tacitæ hypothecæ iure cætera mariti bona perſequi & vindicare velit, quàm ſi ſpecialiter pignus nullum acceptum eſſet, vt perinde aduerſus quoſlibet bonorum mariti poſſeſſores hypothecariam exercere poſſit, nec ſpecialis hypothecę excuſſionem ante omnia facere compellatur. Nam cùm ita comparatū ſit ius commune, vt etiam excuſſo debitore aut habendo pro excuſſo, ſi fortè euidenter abſens ſi aut non ſoluendo, priùs tamen bona quæ ſpecialiter obligata ſunt excuti oporteat, quàm ex generali obligatione in cætera agi poſſit *l. 2. C. de pignor. l. 2. D. qui potior. in pignor. habeant.* non puto dubitandum quin eodem iure mulier vti debeat, quandiu ex bonis ſpecialiter obligatis dotem & indemnitatem plenam conſequi poteſt: vt hoc caſu ſolius hypothecæ ſpecialis, non etiam generalis tacitæ ratio habeatur, non magis quàm ſi aut inter alias perſonas, aut de alia re, quàm de dote tractaretur. Cur enim fauore dotis recedamus à iure communi, cùm dos nullomodo periclitatur? Illud enim vti-
9 que conſtat dotis † priuilegium nullum eſſe aduerſus exceptionem non factæ excuſſionis, neque hac parte inter mulierem & cæteros creditores quicquam intereſſe, ne tum quidem cùm generaliter & expreſſim bona omnia mariti pro dote obligata proponuntur. Quanto minùs igitur ſi generalis illa obligatio non ex conuentione deſcendat, ſed ex ſola legis poteſtate? Nam cùm generalis hypotheca expreſſa eſt, fieri interdum poteſt, vt non factæ excuſſionis exceptioni locus nullus relinquatur, nempe ſi ſubiecta ſit clauſula illa, quam notarij ferè ſemper ſubiicere ſolent, *ne ſpecialitas deroget generalitati. nec contrà*: Quæ clauſula vix eſt vt vnquam vſurpetur cùm generalis hypotheca nulla, niſi tacita eſt: neque verò vſurpari commodè poteſt, cùm, vt à nobis probatum eſt, in ſuperioribus acceſſione pignoris expreſſi, tacitum ſi quod fuit omnino extinguatur, etiam inuito creditore, in cuius non magis eſt poteſtate vt priuilegium tacitæ hypothecæ retineat, in eum caſum quo ſibi ille pro arbitrio cauet ne legis auxilio indigeat, quàm vt inducat eo caſu quo lex non inducit. Vtrumque ſcilicet, ex legis pen-
10 det autoritate, quæ † porrò tacitam hypothecam nec inducit vnquam, nec retinet, niſi cùm æquitas facit vt neceſſarium id eſſe videatur: non videtur autem neceſſarium quoties ea perſona cui lex offert tacitam hypothecā mauult ſibi proſpicere per expreſſam, ſiue expreſſa idonea ſit, ſiue non. Sibi enim imputet qui legis beneficio nolit eſſe contentus: nimirum ſi talis creditor ſit qui conditionem ſuam pro arbitrio facere deteriorem poſſit.
11 Nam ſi proponas mulierem † de dote repetenda laborātem, admittam non inuitus quod pragmatici volunt, perinde hoc vno caſu ſaluam ei ſupereſſe tacitam hypothecam, & conſequenter in cætera omnia mariti bona generaliter, quamuis tacitè duntaxat obligata, acſi ſpecialis conuentio pignoris nulla intereeſſiſſet, pro ea ſcilicet debiti parte quæ ex bonis ſpecialiter obligatis redigi & ſeruari non potuerit. Hoc enim ſemper contendo ſpecialis hypothecæ excuſſionem ante omnia fieri debere à muliere, non ſecus atque ab alio quolibet creditore: quemadmodum contingeret ſi conſtante matrimonio mulier iura hypothecarum vltrò & ſine cauſſa remiſiſſet. Quo caſu dubitari

dubitari non oporteret quin remiſſio valeret, ſi modò eo tempore quo de dote ageretur ex reliquis mariti bonis indemnitatem habere mulier poſſet *l. iubemus. C. ad SC. Velleian.* quaſi nulla tum metuenda mulieri captione. Siquidem in remiſſione huius vel illius pignoris neque donatio neque damnũ vllum verſatur, quandiu aliunde ſatisfieri creditori poteſt, *l. etſi* 18. D. *quæ in fraud. credit.*

ERROR TERTIVS.

De hypothecæ ſpecialis excuſſione.

SVMMARIA.

1 *Creditor qui vniuerſa debitoris bona generaliter obligata habet, quædam verò ſpecialiter, non poteſt generalem hypothecam priùs perſequi, quàm ſpecialis excuſſionem fecerit.*

2 *Ex erronea pragmaticorum ſententia quiſquis rem aliquam ex bonis generaliter obligatis poſſidet, ſi hypothecaria conueniatur, poteſt non excuſſa ſpecialis hypotheca exceptionem obiicere.*

3 *Diſtinctio adhibenda in quæſtione de exceptione non excuſſæ ſpecialis hypotheca competente ei qui bona generaliter obligata poſſidet.*

4 *An d. exceptio competat creditori chirographario qui bona generaliter obligata poſſidet?*

5 *An exceptio non excuſſi debitoris competat ei qui ſpecialem hypothecam bona fide poſſidet, diſputatio aduerſus pragmaticos.*

6 *Nullum eſt remedium quo poſſit creditor hypothecarius ſibi proſpicere ad declinandam non excuſſi debitoris exceptionem.*

7 *Quomodo caueri poſſit ne locum habeat exceptio non diſcuſſa hypotheca ſpecialis.*

CVM quis vniuerſa † debitoris ſui bona generaliter pignori acce- 1
pit, quædam autem ex ipſis ſpecialiter, ſiue ſpecialis obligatio, ſiue
generalis præceſſerit, conſtat nõ priùs poſſe creditorem in ea bo-
na agere quæ obligatione generali cõtinentur, quàm ſpecialis hy-
pothecæ excuſſionem fecerit, quaſi eam ipſe ſibi legem ab initio præſtituerit
qui non contentus generali pignoris conuentione ſpecialem adiecit, *l. 2. C. de
pignor. l. 2.* D. *qui potior. in pignor. hab.* Vix enim eſt vt quis ſpecialiter pignori
accipiat eam rem quam ſoluendo debito imparem eſſe ſciat, ideóque quan-
diu res illa extat, illud ſaltem diſcutiendum eſt an ex eius precio ſatisfieri
commodè poſſit, antequam ad alia pignora quæ non niſi generaliter obliga-
ta ſunt, perueniatur. Sed tamen quomodo id accipiendum ſit non omnes in-
telligunt, & in eo etiam aliquando à pragmaticis erratur. Putant † enim tam 2
generaliter id accipi debere vt quiſquis rem aliquam ex bonis generaliter
obligatis poſſidet, ſi prior hypothecaria conueniatur, hanc non excuſſæ ſpe-
cialis hypothecæ exceptionem obiicere poſſit. Quod non ita eſt. Diſtinctio-
nem enim † adhiberi oportet an poſſeſſor ille ſit etiam creditor néene: vt ſi 3
creditor ſit, habeat exceptionem, ſi non ſit, non habeat, cuius diſtinctionis ra-
tio manifeſta illa eſt, quòd multo æquius ſit fauere creditori qui etiam poſ-
ſeſſor eſt quàm nudo poſſeſſori qui nihil omnino iuris in ea re habeat quæ
alteri generaliter eſt obligata. Creditorem autem intelligo eum cui ex qua-
cunque cauſſa debetur. Itaque ſi quis rem generaliter obligatam poſſideat ex
cauſſa emptionis, aut alio quocunque iuſto titulo, nec ſolum ſi ex oneroſo,
ſed etiam ſi ex lucratiuo, puta ex mera donatione, non dubito quin hu-
iuſmodi exceptione ſit adiuuandus, quia verum eſt eum eſſe creditorem,

Digitized by Google

adeóque plus quàm creditorem qui etiam dominus eſt. At nudus alieni pignoris poſſeſſor, id eſt, qui nullum aliud ius in pignore alieno habeat quàm quia poſſidet, neque fauore, neque auxilio vllo dignus videri poteſt aduerſus eum qui propriæ conuentionis ius exequitur: quemadmodum nec habet eam non excuſſi debitoris exceptionem de qua in ſuperioribus diximus, & quæ ex Iuſtiniani noua conſtitutione tertiis poſſeſſoribus accommodatur: tametſi multo facilius ſit vt illa, quàm vt hæc detur, quia non tanta ſit iniuria creditori qui agere cogitur aduerſus debitorem ipſum nullas omnino defenſiones habiturum, quanta ſit cùm excutere cogitur rem poſſeſſam ab alio, qui poſſeſſionis ſuæ tuendæ gratia nihil non moliturus ſit vt longioris litis
4 ambagibus creditorem fatiget. Quid ergo ſi ex bonis † generaliter obligatis aliquid poſſideatur ab eo, qui ſit quidem creditor ſed chirographarius tantùm non hypothecarius? Iam enim alio loco monuimus ad huiuſmodi creditores chirographarios qui pignus nullum habent non pertinere titulum illum Codicis, etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri poſſe. Et puto non debere huius creditoris meliorem eſſe cõdicionem quàm ſi nudus poſſeſſor eſſet, quia cùm de pignore quæritur, nihil refert an creditor quis non ſit, an ſit duntaxat chirographarius. Pignoratitio enim ſuccurrimus quia veriſimile eſt eum contraxiſſe, & ex bonis generaliter obligatis pignus accepiſſe, quòd ſciret futurum vt ex aliis quæ ſpecialiter obligata eſſent, creditori anteriori commodè ſatisfieri poſſet: quę ratio non congruit creditori qui pi-
5 gnus nullum accepit. Nec eo minùs tamen is † qui ſpecialem hypothecã bona fide poſſidet, iuuandus eſt exceptione non excuſſi debitoris ſi ante actam illam excuſſionem rectâ per hypothecariam conueniatur: in quo etiam plerique ex vulgatibus pragmaticis errant, exiſtimantes ſpecialis hypothecæ conuentionem eam vim habere, vt impediat exceptionem quæ aliàs obiici poſſet non excuſſi debitoris. Nam cùm ea exceptio detur poſſeſſori ſolius legis beneficio, & fauore tuendæ poſſeſſionis quæ ex iuſto titulo in alium tranſlata eſt, apparet ſpecialem hypothecam per quam creditor anterior ſibi proſpexerit, non magis poſſe viam præcludere exceptioni non factæ excuſſionis, quàm facere vti ne poſſeſſio rei ſpecialiter obligatæ in emptorem aliúmve iuſtum acquiſitorem transferatur. Neque verò fieri vlla cautione poteſt vt beneficium quod tertius poſſeſſor à lege etiam inuito creditore habiturus eſt, ipſius creditoris facto, ei præripiatur. Excipio tamen, ſi cum pragmaticis errandum & ineptiendum eſt, caſum illum quo creditor hypothecarius poſſeſſionem pignoris nactus ſit, ſiue per veram traditionem, ſiue per clauſulam conſtituti quæ ſit traditionis vice. Tunc enim creditor qui idem poſſeſſor eſt ſi imploret beneficium *legis vltimæ Cod. de acquir. poſſeſſ.* ad ſuam poſſeſſionem auocandam & retinendam, non poteſt repelli exceptione non factæ excuſſionis quæ non competit niſi poſſeſſoribus: idque ſiue agat contra eum qui aliquid teneat ex bonis generaliter obligatis, ſiue contra ſpecialis hypothecæ detentorem. Eadem enim vtriuſque caſus ratio eſt, cùm vtraque exceptio ſiue non excuſſi debitoris, ſiue non excuſſæ ſpecialis hypothecæ, ſoli poſſeſſori detur, numquam autem ei qui non poſſidet: in eoque pragmatici omnes conſentiunt tam conſtanter, quàm ego iuſtè ab omnibus diſſentio. Nego enim poſſeſſorem pignoris manere eum qui aut per traditionem, aut per clauſulam conſtituti poſſeſſor factus fuit, ſi pignus à debitore alienatum ſit in eum qui corporalem ipſius poſſeſſionem

poſſeſſionem ſibi habere cœperit. Nego Iuſtiniani conſtitutionem qua il-
li tam inſulsè abutuntur, ad eum caſum pertinere quo is qui alieno nomi-
ne poſſidebat rem alienauerit & corporalem, atque vt vocant, aſininam
poſſeſſionem in alium tranſtulerit, ſed ad illum duntaxat quo poſſeſſio de-
relicta tantùm aut prodita, non etiam tradita ſit vt pluribus docuimus *De-*
cade quarta. Itaque ſi bene, ſentio nullum † prorſus remedium eſt, quo 6
poſſit creditor hypothecarius ſibi proſpicere ad declinandam non excuſſi
debitoris exceptionem. Nam ſi ponas eum non hypothecam, ſed pignus
accepiſſe, id eſt rem mobilem quam in pugno & manu habeat, quæſtioni
locus nullus eſſe poteſt, quia nec hypothecaria actione indiget ad auocan-
dam poſſeſſionem quam penes ſe iam habeat, niſi proponas ex poſtfacto a-
miſſam, quo caſu fatendum eſt æquè locum fore exceptioni, atque ſi is hy-
pothecam ab initio non pignus accepiſſet. Neque enim quiſquam dixe-
rit Iuſtiniani cōſtitutionem in *dict. l. vltim. Cod. de acquir. poſſeſſ.* ad eum per-
tinere qui ſuam poſſeſſionem, quam per ſeipſum retinebat, ipſe amiſerit. Pla-
nè aduerſus exceptionem † non excuſſæ ſpecialis hypothecæ, poteſt remedio 7
& cautioni locus eſſe: nimirum vt caueat creditor expreſsímque conueniat
ne generalitati ſpecialitas deroget, aut contrà. Quæ vulgaris clauſula eſt
à notariis paſſim adhiberi in hanc rem ſolita, vt ſuperiore capite diceba-
mus. Et ratio diſſimilitudinis eſt, quia exceptio non excuſſi debitoris com-
petit ex lege inuito iam creditore. Nemo autem facere poteſt quin leges lo-
cum habeant, niſi cùm lex aliquid conſtituit in eum caſum quo nihil in
contrarium ab homine cautum, & conſtitutum ſit. At exceptio non excuſ-
ſæ ſpecialis hypothecæ competit ex æquitate quadam, cui cauſam dat vo-
luntas ipſa ſaltem tacita creditoris, qui non contentus generali obligatione
bonorum debitoris pignus aliquod aut hypothecam ſpecialiter accipiendo
ſatis declarauit malle ſe ex iis bonis ſpecialiter obligatis ſuum conſequi,
quàm ex cæteris. Neque tamen ideò fit vt inutilis maneat obligatio cætero-
rum, cùm excuſſione facta ſpecialis hypothecæ liberam habiturus ſit credi-
tor eorum perſecutionem, id eſt, ſiue ſpecialis illa hypotheca minùs idonea,
ſiue perſecutio eius difficilior reperietur. Adiecta porrò clauſula & proteſta-
tione illa vt generalitati ſpecialitas nō deroget, apertiſſima eſt voluntas cre-
ditoris nolentis ex eo iure quod per generalem pignoris cōuentionem ſibi
quæſiuit, quicquam detrahi ob id ſolùm quod ſpecialem hypothecam adie-
cerit: Proinde nullus contrariæ voluntatis coniecturæ locus relinquitur.

ERROR QVARTVS.

De poteſtate generalis hypothecæ iis caſibus quibus ſpecialis neceſſaria eſſe creditur.

SVMMARIA.

1 *Quàm parum cautè faciant ij creditores qui ad generalem bonorum debitor debitoris obligationem adiiciant ſpecialem.*

2 *Quibus caſibus putent pragmatici ſpecialem hypothecam maioris vtilitatis eſſe creditori, quàm generalem.*

3 *Clauſula conſtituti nō poteſt facere, vt poſſeſſor quis maneat eius rei quam alius corporaliter ſibi poſſidet, contra pragmat.*

4 *Interueniente cōuentione de non alienādo fundo qui oppigneratus eſt creditori, alienatio non valet.*

Digitized by Google

5 Specialis hypotheca ſine conuentione de non alienando pignore, non poteſt impedire alienationem, contra pragmaticos.

6 Non minor eſt vis generalis hypothecæ quàm ſpecialis, vt conductori retentio detur aduerſus emptorem quouſque indemnitatem ſit conſecutus.

7 Quò pertineat titulus Codicis Etiam ob chirograph. pecun. pign. retin. poſſe.

8 Quo caſu ſpecialis hypothecæ vſus ſit neceſſarius.

QVAE proximè diximus, oſtendunt quàm parum cautè faciant
1 pleríque † creditorum, qui ad generalem bonorum debitoris o-
mnium obligationem adiiciunt ſpecialem, cùm inde fiat vt du-
plicis excuſſionis faciendæ incommodo ſe onerent, ſi quando
hypothecariam exercere volent, excutiendi ſcilicet primùm debitoris, de-
2 inde excutiendæ ſpecialis hypothecæ. Sunt tamen quidam caſus † in quibus
vulgò creditum eſt à pragmaticis, ſpecialem hypothecam maioris commo-
di & vtilitatis eſſe creditori quàm generalem. Vnus ille eſt ſi is qui fundum
certis annis certáque penſione fruendum locauit, eum fundum ante fini-
tam conductionem vendiderit. Etſi enim conſtat non teneri emptorem
ſtare colono *l. emptorem* 5. C. *de locat.* quia locatio ſicuti non transfert domi-
nium, ita nec impedit quominus locator rem ſuam alienando transferat
dominium in accipientem, nec conſequenter quominus emptor re ſua pro
arbitrio vtatur, ſi tamen is ipſe fundus qui locatus eſt ſpecialiter obligatus
fuerit conductori pro eius indemnitate, contractúſque obſeruatione, placet
non aliter permittendum emptori, vt cõductorem expellat quàm ſi ante o-
mnia indemnitatem ei præſtiterit, cuius conſequendæ nomine conductor
nonniſi perſonalem ex conducto actionem haberet contra locatorem, ſi aut
nulla, aut generalis duntaxat hypotheca ſubeſſet: Alter caſus eſt, Si quis iuſta
pactione conſtrinxerit ſe ad certum fundum tibi vendendum, iſque poſteà
fundum illum alteri vendiderit. Quamquam enim tibi obligatus eſt perſo-
nali actione, quæ ex contractu iuſto naſcitur in id omne quod tua intereſt
ob fidem ruptam, nõ ideò tamen minùs tranſlatum videri poteſt dominiũ
in alium emptorem per traditionem à domino factam, niſi ea tranſlatio
impedita ſit per ſpecialem eiuſdem fundi obligationem ex *l. ſi creditor* 7. §.
1. D. *de diſtrah. pignor.* iunct. *l. ſi ſterilis* 21. §. *ſi tibi.* D. *de action. empt.*
His itaque caſibus & aliis, ſi qui ſunt ſimiles, volunt pragmatici neceſſa-
riam eſſe ſpecialem pignoris conuentionem, nec ſufficere generalem,
quaſi ſpecialis ſit fortior ad rem ipſam, de qua retinenda agitur; afficiendam.
Sed & ſunt qui putent, ſpecialem ipſam ſufficere niſi acce-
dat etiam clauſula conſtituti per quam poſſeſſio transfertur in creditorem,
vt idem ſit & creditor & pignoratitius, & pignoris poſſeſſor. Nemo e-
nim dubitat quin faciliùs danda ſit creditori poſſidenti retentio, quàm
non poſſidenti perſecutio. Pro poſſeſſore autem habent creditorem qui per
clauſulam conſtituti aut aliter poſſeſſor ſemel factus eſt, licèt tranſlatio
facta ſit & domini & poſſeſſionis in emptorem, quia putant habere illum
ius auocandæ adeóque retinendæ ſuæ poſſeſſionis, implorato duntaxat au-
xilio conſtitutionis Iuſtinianeæ *in l. vltima. C. de acquirend. poſſeſſione*, qui
perpetuus pragmaticorum error eſt, toties à nobis confutandus, quoties in-
3 culcandus. Nam vt hinc ordiamur, non poteſt facere clauſula † conſtituti,
ſicut nec vera realíſque traditio, vt poſſeſſor quis maneat eius rei, quam
alius reuera & corporaliter ſic detinet vt eam non alij, ſed ſibi ſoli habere
velit,

Digitized by Google

velit. Cùm enim poſſeſſio aut tota facti ſit non iuris, aut ſaltem facti ma-
gis quàm iuris *leg. denique.* 19. D. *ex quibus cauſſ. maior.* pendeátque ex a-
nimo eius qui rem tenet ſi alienam poſſeſsionem interuertere, ſibíque eam
habere malit, fieri certè nequit, vt non poſſideat ſiue iuſtè ſiue iniuſtè
quiſquis rem tenet animo domini, & conſequenter vt non deſinat poſſidere
qui anteà poſsidebat, ſiquidem duo in ſolidum eiuſdem rei poſſeſsores
eſſe non poſſunt *lege* 3. *§. ex contrario* D. *de acquirend. poſſeſsion.* quemad-
modum diſputauimus *Decade quarta.* Nec Iuſtiniani conſtitutio in *dict. l.
vltima* ad hunc caſum pertinet, quo is qui alieno nomine poſsidebat poſ-
ſeſſionem tradidit, ſed ad illum duntaxat quo poſſeſsionem dereliquit, aut
etiam prodidit citra traditionem, vt ipſa legis verba præ ſe ferunt. Igitur
non eſt cur conſtituti poteſtatem in auxilium euocemus, quando eum ca-
ſum tractamus, quo agatur aduerſus emptorem eundémque detentorem rei,
quæ ſiue generaliter, ſiue ſpecialiter fuit obligata. Et tamen non facilè, meo
iudicio, dici poteſt, quin prodeſſe debeat hypotheca ſpecialis ſine poſſeſ-
ſione ad impediendam dominij tranſlationem, niſi cùm hoc ipſum nomi-
natim conuenit, vt fundus ille alienari non poſſit. Huiuſmodi enim con-
uentione † intercedente, fateor alienationem non valere, vt pactioni ſtetur, 4
quomodo ſcriptum eſt in *d. l. ſi creditor. §. 2 de diſtract. pign.* vbi ſine cauſſa
Baldus, vt referunt, legebat *vllam* pro *nullam*, quia ſi alienationem à domino
factam illud ratam facere ſolet, quòd nihil ſit tam conueniens naturali ratio-
ni & æquitati quàm voluntatem domini rem ſuam in aliũ transferre volen-
tis ratam haberi, *l. adeò* 7. *§. qua ratione.* D. *de acquir. rerum dominio.* conſequens
eſt, vt qui propria conuentione alienandi facultatem ſibi præreptam vo-
luit, alienare poſteà non poſſit inuito creditore qui ius pignoris in ipſa re
habeat, licèt ius ipſum pignoris ſi pactio de non alienando nulla acceſſiſ-
ſet, non ſufficeret ad impediendum quòminùs ſaluo pignoris iure diſtrahi
res poſſet. Enimuerò non aliud admittendum erit ſi generalis tantùm, non
etiam ſpecialis hypotheca conſtituta proponatur. Aequè enim rem affi-
cit hypotheca generalis atque ſpecialis. Nec minùs verum eſt ius in re
habere creditorem, cui generaliter, quàm cui ſpecialiter pignus datum
fuit. Nulla autem interueniente † conuentione de non alienando pigno- 5
re, nego ſpecialem hypothecam facere poſſe vt alienatio impediatur
dummodò debitor qui alienat poſſeſsionem habeat, ſiue veram, ſiue
aſininam (neque enim ſine poſſeſsione dominium transferri poſſet) cùm
nec facere poſſit ne locus ſit exceptioni non factæ excuſsionis, quemadmo-
dum proximo capite dicebamus, cui tamen locus eſſe non poſſet ſi alie-
natio impediretur, ſiquidem non videretur titulum habere, nec aliquo fauo-
re dignus eſſe, qui ex emptione nulla poſſideret, alioqui priuaretur conuen-
tionis ſuæ fructu creditor ſpecialiter pactus de pignore qui hoc ipſo de non
alienando pignore pactus intelligeretur, cùm non leue incommodum ex eo
ſentiat, quod debitoris excuſſionem facere cogitur, non facturus vtique ſi
debitor ipſe poſſideret, nec alienaſſet. Nihil ergo hac parte intereſt an gene-
raliter pactus ſit creditor de pignore, an ſpecialiter. In alia autem ſpecie cùm
locatus fuit fundus, & ante finitam conductionem à locatore alienatus, ſimi-
liter dico non minorem eſſe vim † generalis hypothecæ quàm ſpecialis, vt cõ- 6
ductori retentio detur fundi aduerſus emptorem, quouſque indemnitatem
ſit conſecutus. Nam cùm ex locatione dominium non transferatur in con-

Digitized by Google

ductorem, vt diximus, negari non poteſt quin obligatis à locatore bonis ſuis omnibus, is quoque fundus qui locatus eſt obligatus intelligatur: Etſi autem non magis poſſeſſio quàm dominium rei locatæ acquiritur conductori, retentio autem non niſi poſſeſſori videtur, danda eſſe, tamen verius eſt retinendi pignoris ius habere omnem qui corporalem & aſininam habet pignoris poſſeſsionem, quomodo habet conductor qui & ob hanc cauſſam aliquãdo dicitur naturaliter poſsidere. Fit. n. ex conductore creditor ſtatim atque re conducta frui prohibetur, ſiue per locatorem prohibeatur, ſiue per alium qui cauſſam habeat locatore, nec quod incipit ſuo nomine poſsidere eam rem quam anteà non niſi conducti titulo, id eſt pro alieno poſſidebat, facere debet, vt poſſeſſionis cauſſam ſibi ipſi mutare videatur: Vtitur enim iure ſuo, & quidem iure quod ex ipſo conductionis titulo nactus eſt. Et huc maximè pertinet† titulus ille Codicis; *Etiam ob chirographariam pecuniã pignus re-*
7 *tineri poſſe.* Retinere namque poteſt quiſquis detinet, licet non poſſideat eo poſſeſsionis genere quod proprium eſt interdictorum, vt Vlpianus loquitur in *l. officium 9. de rei vindication.* Nec proinde neceſſe eſt adhibitam eſſe in contractu clauſulam conſtituti ad transferendam rei locatæ poſſeſsionem in conductorem, quaſi ſub ea condicione, ſi quid à locatore aduerſus contractum factum erit: quanquam tutius ſanè & melius id fuerit, ne qua pragmaticis cauillandi occaſio relinquatur. Nihílne igitur creditoris intererit vtrum generalem hypothecam habeat an ſpecialem? Nihil prorſus quod ad ipſius commodum attinet, niſi vno caſu, quẽ nos in Codice Sabaudico pro-
8 feremus. Solet tamen ſpecialis† hypothecæ vſus tum maximè eſſe neceſſarius, cùm antichreſis contrahitur, id eſt, pignus ea lege datum vt fructus ex eo percipiendi cedant in vicem vſurarum, *l. & quæ nondũ* *n* *15. §. ſi antichreſis.* D. *de pignor.* Nempe quòd ea pignoris conuentio non aliter valeat, quàm ſi facta non ſit in fraudem legitimarum vſurarum, id eſt, ſi fructus qui ex pignore percipi commodè poſſunt legitimo vſurarum modo reſpondeant. Inde namque fit vt fructuum quoque modus certus eſſe debeat, vt ſciri poſsit, an ſit legitimus, quod tamen obligatis generaliter, datíſque in antichreſim bonis omnibus debitoris ſciri non poſſet: Præter id quod vix eſt, vt quis bonorum omnium antichreſim contrahat, nec ſibi quicquam fructuum reliquum faciat, ex quo ſuam ſuorúmque vitam tueri poſſit.

ERROR QVINTVS.

De locatore rem conductam vindicante à conductore.

SVMMARIA.

1 *Quod-nam ius nouum introduxerit Iuſtinianus in l. ſi quis conductionis. Cod. de locat.*

2 *D. Iuſtiniani conſtitutionem à vera iuris ciuilis ratione abhorrere.*

3 *Quomodo accipienda iuris veteris regula, qui ab aduerſario poſſidet nunquam poteſt aduerſarium vincere ob id quòd poſſideat.*

4 *Expenditur ratio quæ videtur facere pro Iuſtiniano, non eſſe permittendum conductori vt cauſam poſſeſsionis ſibi mutet.*

5 *Obligatio ex contractu conductionis naſcens non aſtringit conductorem ad rem reſtituendam, quam poſt conductionem ſuam eſſe nouit.*

6 *Quis ſit color æquitatis Iuſtinianeæ conſtitutionis.*

7 Si locator directa rei locatæ vindicatione vtatur, an poſſit conductor dominij quæſtionem referre.

8 Sententiam pragmaticorum negans.

9 Aſſertio autoris affirmans.

10 Emptor conuentus hypothecaria à venditoris creditore poteſt negare rem fuiſſe venditoris contra pragmat.

NON incelebris eſt conſtitutio Iuſtiniani in *l. ſi quis conductionis. C. de locat.* qua † conſtitutum eſt, vt qui conductionis titulo 1
rem tenet, ſi à locatore conueniatur, finita locatione ad eius
rei corporalem & naturalem poſſeſſionem reſtituendam, dominij
quæſtionẽ referre nõ poſſit, nec rei reſtitutionẽ differre
aut recuſare eo prætextu, quaſi dominus ipſe ſit, non is qui locauit. Quæ
conſtitutio nouum ſanè ius continet, abhorrénſque à vera rectáque iuris ciuilis
ratione. Etſi † enim nihil commune habet proprietas cum poſſeſ- 2
ſione, priúſque poſſeſſionis quàm dominij quæſtio terminanda eſt, ſi tamen
in promptu appareat de iure conductoris, quòd dominus ſit rei à ſe conductæ,
dubitari non oportet, quin probatio dominij abſorbeat cauſſam poſſeſſionis,
ſi Papinianus potiùs quàm Iuſtinianus conſulatur. Nec obſtabit quòd
etiam veteris iuris † regula illa fuit, vt qui ab aduerſario poſſideret, nunquam 3
poſſet aduerſariũ vincere ob id quòd poſſideret, *l. 1. §. vlt.* D. *quod vi aut clam.*
Sic enim id accipiendum eſt, quomodo & Vlpianus loquitur, non vt numquam
vincere debeat aduerſarium à quo poſſidet, ſed vt nunquàm vincere
debeat ob hoc ſolùm quia poſſidet, id eſt in cauſſa poſſeſſionis. Ceterùm in
cauſſa dominij nihil prohibet quominùs vincere poſſit, cùm eam victoriam
non ex eo ſibi comparet quòd poſſideat, ſed ex eo quòd ſit dominus. Illa potiùs
ratio † facit pro Iuſtiniano, quòd non ſit permittendum conductori vt ſi- 4
bi mutet cauſſam poſſeſſionis, quam vtique mutare videtur, cùm incipit velle
pro ſuo & pro domino poſſidere rem quam anteà pro alieno, nec niſi conductionis
titulo poſſidebat. Sed tamen fieri poteſt vt dominij quæſtionem
referat, nec tamen ſibi mutet cauſſam poſſeſſionis, vt puta, ſi non priùs pro
ſuo poſſidere velit, quàm de dominij ſui iure cognitum fuerit, & pronunciatum,
priùs autem de dominij iure cognoſci & pronunciari velit, quàm rem
reſtituere compellatur. Quid ergo? Moram tantùm facit in ea re reſtituenda
quam conducti titulo adhuc tenet. Quòd ſi addas, obligatum † eſſe ex contractu 5
conductorem vt rem ſibi locatam reſtituat locatori, nec audiendum eum
eſſe qui propriæ obligationi ſatisfacere recuſet, dicam obligationem illam
nullo iure, & ſine cauſſa factam reperiri, ex quo apparet rem conductã fuiſſe
conductoris, neque enim rei ſuæ conductio magis quàm emptio aut pignus
cõſiſtere poteſt, *l. neq. pignus 35. D. de regul. iur.* Et quemadmodum locator
non facit dominum conductorem, ita nec dominium ſuum amittit conductor
ob id ſolùm quòd rem ſuam conduxerit, præſertim ſi ignorans conduxit.
Nam diſtinctio illa an conductor ſciuerit, an ignorauerit, ad cauſſam ſoluendæ
penſionis aut amittendæ poſſeſſionis pertinet magis, quàm ad ius dominij
tansferendi. Eſt enim difficilior dominij amiſſio & acquiſitio, cùm
nec ſine traditione dominium transferatur, neque verò ex traditione ipſa, ſi
nuda ſit, id eſt, nullo iuſto & legitimo titulo ſuffulta, *l. numquam nuda. 20. D.*
de acquir. rer. domin. Habet tamen Iuſtiniani † conſtitutio hunc æquitatis colo- 6
rem, quòd quandiu non apparet cuius ſit res conducta, negari non poſſit quin
ſubſiſtat inter locatorem & conductorem obligatio mutua locati & cõducti,
& conſequẽter quin ex bona fide poſt finitam conductionem reſtituere rem

debeat conductor, qui in id vſque tempus eam & alieno nomine poſſedit,
& tanquam alienam. Sed hoc ita, ſi ex locationis contractu conueniatur. Quid
enim ſi locator † rem à locatam vindicet tanquam ſuam? Non ſum neſcius
8 pragmaticos pleroſque in ea eſſe hęreſi, vt putét, † nec hoc etiam caſu permit-
tendum conductori vt referat dominij quæſtionem, quia non eò minùs con-
ductor eſt, & in mala fide, ſi nõ ante omnia rem ipſam reſtituat, poſtmodum
eam dominij iure ſi volet, & poterit, vindicaturus. Sed errant manifeſta iuris
9 alioquin apertiſſimi ignoratione. Quiſquis † enim agit rei vindicatione, cogi-
tur probare ſe dominum eſſe, ſi negetur: nec priùs poteſt vincere quàm in-
tentionem ſuam impleuerit, licèt reus nullo iure ſe probet poſſidere *l. vltim.*
C. *de rei vindicat.* Id enim eſt quod dici ſolet, vicioſam quoque poſſeſſionẽ, id
eſt, quæ nec titulo, nec bona fide adiuuetur, aduerſus extraneos prodeſſe ſo-
lere, id eſt, aduerſus eos qui nullum ius habent vindicandi *l. vlt. D. de acquir.
poſſeſſ.* Multum igitur intereſt an conductor directa rei vindicatione, an ex
contractu locationis à locatore conueniatur. Poſteriore demum caſu locum
habet conſtitutio Iuſtiniani, non etiã priore: ne tam apertè vis fiat legibus,
& iuris rationi, præſertim cum imputare ſibi locator debeat, cur vindicatio-
nem pro actione perſonali elegerit, nec Iuſtinianeæ conſtitutionis beneficio
vti maluerit. Multo autem faciliùs admittendum illud etiam eſt, ſi cõductor
ab alio quàm locatore ex aliqua cauſſa, non tamen ex cõtractu ipſo locatio-
nis conueniatur permittendum illi eſſe vt dominij quæſtionem referat, ne-
gétque fuiſſe rem locatoris, quoniam & agente ipſo locatore, dũ ne ex con-
tractu locationis eam quæſtionem referre poſſet. Cui non diſſimile illud e-
tiam eſt quod dicimus, licèt pragmaticis ferè omnibus mirum id, & nouum,
10 ne dicam falſum, videatur, eum qui ab alio † emit, nõ videri hoc ipſo fateri vẽ-
ditorem dominum, cùm aliena quoque res emi poſſit, in eóque decipi etiam
emptor, qui ad emptionem accedens putat rem eſſe venditoris. Ideóq; ſi em-
ptor per quaſi Seruianam conueniatur à venditoris creditore hypothecario,
negare poterit, venditoris vnquam rẽ fuiſſe vt excludat hypothecariam, quæ
non aliter tenet quàm ſi res obligata probetur in dominio fuiſſe debitoris, &
quidem eo tempore quo pignoris obligatio contracta eſt, niſi cùm etiam fu-
tura bona in obligationem deducta fuerunt *l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur.*
D. *de pignor.* Nimirum quoniam hypothecaria actio vindicatio quoque eſt, li-
cèt pignoris non dominij, nec fieri poteſt vt quis rem alienam obliget. In
quo pignus differt à venditione. Pignoris enim obligatio rem ipſam quæ
obligatur, afficit, venditio verò non niſi perſonam venditoris. *l. rem alienam*
28. D. *de contr. empt.*

ERROR SEXTVS.

De venditis fructibus fundi iam locati.

SVMMARIA.

1 *Ex pragmaticorum ſententia Venditione fructuum eius rei quod priùs locata fuerat, diſſoluitur locatio.*

2 *Ratio d. ſententia, quia per venditionem fructuum transfertur dominium, per locationem non item.*

3 *D. rationis diſcuſſio.*

4 *Emptor fructuum conductori fundi, per omnia videtur comparandus.*

5 *Differentia quæ inter creditorem fundi & fructuum emptorem videtur conſtituenda.*

6 *Fructuum dominium ante perceptionem non acquiritur emptori.*

7 *Fructus vẽditi & percepti ſpectãt ad ẽpto-*

rem

rem duplici ratione, ad conductorem verò nonniſi vna tantùm ratione pertinent.

8 *Qui fructus vendit eius fundi quem locauit inciat in ſtellionatum ſi fructuum emptorem non præmoueat.*

9 *Perfecto ſemel contractu, voluntas locatoris declarata in contractu non poteſt ita facilè inſcio & inuito conductore reuocari.*

10 *Oblata conductori indemnitate an emptor fructuum ante perceptionem ei præferendus ſit.*

SAEPENVMERO mirari mihi contingit, & inueſtigare quã ratio-
nẽ haberet quod pragmatici toties iactitãt, Venditione †fructuum 1
eius rei quæ priùs locata fuerat, diſſolui locationem, quod Galli vulgo ſi exprimunt, *Vente de fruicts rompt cenſe.* Nam cùm id paſſim receptum ſit, adeóque ſine lege, non inutilis ſanè, aut Iureconſulto indigna
quæſtio eſt an dicatur etiam ſine ratione. Illa autem ratio †prima, &, ni fallor, 2
ſola occurrit, quòd per venditionem transferatur dominium ac ius omne quod fuit penes venditorem, non etiam per locationem. Inde enim fieri videtur vt emptor fructuum dominij iure vincere debeat cõductorẽ qui dominus
non eſt. Mihi tamẽ attentiùs intuenti ratio †hæc probari in propoſito nõ po- 3
teſt, id eſt cùm de fructuum venditione diſputamus, ſed eo demum caſu quo fundus ipſe venditus ſit. Fundo namque vendito, fateor nõ teneri emptorem ſtare colono, vt apertè ſcriptũ eſt in *l. emptorẽ 9. C. de locat.* quia cùm per emptionem factus ſit dominus fundi, non ſolùm prohibendus nõ eſt quominùs re ſua pro arbitrio vtatur, ſed etiam quod ad ipſos fructus attinet, anterius & potentius ius habet quàm cõductor, ſcilicet tanquã dominus, quãdoquidem fructus pendentes fundi pars videntur *l. fructus 44. D. de rei vindicat.* ac proinde prius etiã quàm percepti ſint pertinẽt ad emptorẽ eodem dominij iure quo fundus ipſe: Cõductor verò ſicut nihil iuris in fũdo habet, ita nec in fructibus quãdiu in fũdo ſunt & antequàm eos perceperit: Itaque mirùm nõ eſt ſi à fundi emptore dominij iure expelli poſſit, & prohiberi ne fructus percipiat, inuito eo qui dominiũ ipſorũ habet. At in fructuum emptore nihil eſt quod facere poſſit vt eadem illius quæ emptoris fundi ratio cõſtitui debeat.
Quinimo cõductori †potiùs per omnia & in omnibus videtur cõparãdus. Ne- 4
que enim dici poteſt quicquã iuris habere in fructibus antequàm à fundo ſeparati ſint, cùm nec ius vllum habeat in fundo ipſo cuius partẽ fructus cõſtituũt: ſicut nec bonæ fidei poſſeſſor, qui tamen quod ad fructus attinet, penè in omnibus domini loco habetur *l. bonæ fidei 48. ff. de acquir. rer. domin.* nẽpe quia fieri non poteſt vt fundi ius & dominium non ſequantur fructus qui ſunt in fundo. Poſteà verò quàm à ſolo ſeparati ſunt non nego fieri eos emptoris cui venditi ſunt, ſi eos perceperit: Sed dico perinde fieri conductoris qui eos percipit, quia quamuis non emerit, tamen voluntate domini eos percipit, quod vtique ſufficit vt ſuos facere poſſit, quemadmodum Africanus argumentatur in *l. ſi ſeruus 64. §. locauit. D. de furt.* Tantundem igitur in fructibus iuris habet conductor fundi, quantum emptor fructuum. Niſi fortè
quis velit differentiam illam inducere, † vt fructuum dominium acquira- 5
tur conductori ſola perceptione, emptori verò fructuum ſola ſeparatione, exemplo ſimilis differentiæ quæ inter bonæ fidei poſſeſſorem & fructuarium traditur in *l. ſi fructuarius meſſem 13. D. quibus mod. vſusfruct. amitt.* Nam cùm emptio fructuum valeat tanquam rei futuræ, quaſi ſub ea condicione contracta ſi fructus naſcentur, nihil aliud eſſe videtur quod impediat ne ſtatim emptor dominus fiat quàm quod fructus nulli ſint

ante ſeparationem. Separatione autem ſecuta proculdubio fructus fieri incipiunt, condicióque emptoris exiſtit etiam ante perceptionem: ſed ta-
6 men nego conſequens ex eo fieri vt fructuum † dominium emptori ante perceptionem acquiratur, nam ad acquiſitionem dominij ex cauſſa emptionis condicionalis, non illud ſatis eſt impletam eſſe condicionem, ſed traditionem quoque rei venditæ interuenire neceſſe eſt, ſiue ante, ſiue poſt condicionis implementum *§.ven dita. Inſtitut.de rer.diuiſ.* Traditio enim illa eſt quæ dominium transfert, non conuentio *l. traditionibus* 20.*C.de pact.* Atqui fructuum venditorum traditio nulla fieri poteſt ante ſeparationem, quia necdum vlli in rerum natura eſſe intelliguntur, vt diximus, quod autem nondum eſt, tradi nullomodo poteſt. Fieri ergò nequit vt ſola ſeparatione fiant emptoris, omninóque neceſſe eſt expectari perceptionem, vt eos emptor ſuos faciat, ſiue quòd eos percipiat ex voluntate domini quemadmodum diximus de conductore, ſiue quòd patientia domini ſcientis & volentis fructus percipi ab emptore traditionis vice ſit, vt euenire ſolet in vſufructu conſtituendo, in ſeruitutibus tradendis, aliiſque huiuſmodi iuribus incorporalibus quæ veram traditionem non admittunt *l.3.§.1.de vſufr.* Quæ poſterior ratio conductori non conueniret, quia cùm per locationem non id agatur vt translatio vlla dominij fiat in conductorem, traditio nulla fructuum neceſſaria eſt, ſufficitque traditum eſſe fundum etiam ante fructus aut ſatos aut ſeparatos, vt conductor intelligat habere ſe ius percipiendi ex domini voluntate fructus qui in eo fundo naſcentur. Itaque fructus
7 venditi † & ab emptore percepti ſpectant quidem ad emptorem duplici ratione, qui autem ex fundo locato percepti ſunt à conductore non niſi vna ratione ad conductorem pertinent, ſed tamen tam citò ad hunc quàm ad illum, quia in vtroque perceptionis tempus expectatur. Proinde ſi conductor diligentior fuerit in iis fructibus percipiendis, prior quoque fructuum dominus factus videbitur, emptoríque in dominij quæſtione præferendus erit, ſicut euenit, cùm pluribus eadem res diuerſis emptoribus vendita eſt. Præfertur namque ſi cui priùs tradita fuit *l.quoties* 15. *Cod. de rei vindicat.* Quamuis enim vnus tantùm hîc emptor ſit, non duo, tamen cùm tantundem iuris habeat conductor ad fructus ſuos faciendos quantum ſi emiſſet, parum meo iudicio intereſt an duobus quis fructus vendiderit eoſdem, an verò vni fundum locauerit, alteri verò eiuſdem fundi fructus vendiderit, & vtroque ca-
8 ſu incidit † in ſtellionatum ſi non præmoneat emptorem fructuum, quòd fundus ille ſit locatus. Obiicies fortaſſe, imò verò conductorem hoc caſu non poſſe fructus ſuos facere, quia nec poteſt videri eos percipere ex voluntate domini qui ante perceptionem eos fructus alteri vendidit. Verùm reſpon-
9 deo voluntatem † illam locatoris declaratam in contractu vltro citróque obligatorio non ita facilè & inſcio aut inuito conductore reuocari poſſe, poſteaquàm contractus ſemel perfectus fuit *l.ſicut* 4. *C.de obligation. & action.* Adeo vt quamuis voluntas morte finiri ſoleat, ius tamen conductoris ex eiuſmodi voluntate ſemel acquiſitum, locatoris morte non finiatur, nec heres mutare voluntatem poſſit *l.viam veritatis* 4. *Cod.de locat.* Quanto minùs igitur locator ipſe mutare poterit, niſi præſtita priùs conductori indemnitate? Præſertim verò, ſi, vt paſſim hodie fieri aſſolet, vniuerſa locatoris bona generaliter conductori obligata proponantur pro contractus obſeruatione. Nam cùm ea ratione fructus quoque ipſi obligari intelligantur tanquam bona ſu

na futura(priùs enim eſt vt cùm extare incipient, fiant locatoris quàm vt ex
perſona locatoris eiuſdémque venditoris acquirantur emptori) quidni per-
mittemus cõductori vt eos iure ſuo percipiat inuito etiam locatore, in cuius
quippe poteſtate nõ eſt vt benè ſemel cõtracti pignoris vinculũ diſſoluat? Di-
ces nõ eo minùs ſaluũ fore vinculũ pignoris quòd fructus illi emptori acqui-
rẽtur, quia ius prioris ex quo cõtractum eſt, nihil cum cauſſa dominij cõmune
habet. Sed ſi admittas conductorẽ ius habere debere auocandorũ per hypo-
thecariã ab emptore fructuũ poſtquàm emptor eos perceperit, quanto magis
ei licebit ius ſuũ exequi in rẽ ſibi obligatam, quandiu res illa in debitoris ſui
dominio adhuc eſt, & priuſquàm ad emptoris dominium peruenerit? Aut
cur conductori denegemus facultatem percipiendi fructus qui nondũ ſunt
emptoris, cùm ſi eos percepiſſet etiam poſtquàm emptoris facti eſſent, reti-
nere tamẽ illos ſuo iure poſſet? Sanè ſi ponas offerri † ei indemnitatem pleniſ- 10
ſimam ſiue ab ipſo locatore ſiue à fructuum emptore qui quod ad fructus
attinet in locatoris ius ſucceſſerit, videlicet ante perceptionem, admitti faci-
liùs poſſit potiorem emptoris quàm conductoris cauſſam eſſe oportere,
quia quia ius omne conductoris pendet ex obligatione locati & conducti quę
cùm ſit perſonalis non eò pertinet vt dominium fructuum acquiratur con-
ductori, ſed tantùm vt creditori præſtetur frui licere, aut ſi non præſtabitur
quanti conductoris intererit locator condemnetur. Sed tamen vrget hoc e-
tiam caſu pro conductore, quòd locator ipſe ſi indemnitatem conductori
offerre quàm patientiam, cùm poſſet, præſtare mallet, non eſſet audiendus:
Neque enim permittendum eſt ei qui contraxit vt ſi contractui ſatisfacere
poſſit liberetur præſtando id quod intereſt. Sicut dicimus etiam de vendito-
re, qui ſi rem venditam præſtare poſſit, nec tamen velit, condẽnandus eſt prę-
ciſe vt tradat, nec eius quod intereſt præſtatione liberatur vt nos ex Pauli
ſententijs docuimus *lib. 6. Coniect.* Cur ergo plus iuris demus emptori fructuũ
ex perſona locatoris quàm locator ipſe habiturus eſſet ſi fructus non vendi-
diſſet? Nec. n. reſponderi poteſt idem contingere fundo quoque vendito qui
locatus fuerat. Nam venditio fundi idcirco non impeditur per locationem;
quia nihil iuris conductor habet in fundo, quódque locator plus iuris tranſ-
ferat in emptorem fundi pro fructibus quàm eſſet ipſe habiturus, fit per con-
ſequentias, quoniam qui dominus fundi eſt, is vt fructuum qui ex eo fundo
naſcentur dominus etiam ſit neceſſe eſt. At cùm fructus venduntur iniuria
fit conductori in ea ipſa re quam ex voluntate locatoris ſibi acquirere vo-
luit, nec aliud transfert venditor in emptorem quàm illud ipſum ius, quod
non habuit inuito conductore, percipiendi. ſ. fructus ex fundo locato naſci-
turos. Alioqui perinde dicendũ eſſet poſſe eũ qui tibi fundũ iã locauerit, alte-
ri iterùm locando ius tuũ extinguere, quoniã non minùs hic mutat volunta-
tem alteri locando, quã ſi fructus vẽdidiſſet, & tamen nemo id dixerit quia
in pari cauſſa duorum cõductorum, potiorem eum eſſe neceſſe eſt, qui prior
contraxit, ſaltem eo caſu quo prior etiam fructus perceperit, vt in locatione
pluribus facta diuerſis tẽporibus, idem ſeruetur quod in venditione. Igitur ſi
conductor de quo agimus diligentior fuerit in percipiendis fructibus, quàm
is qui fructus emit, dicendum eſt æquè præferri eũ debere in dominio fru-
ctuũ acquirendo, quemadmodũ contingeret ſi pluribus diuerſo tempore ijdẽ
fructus venditi eſſent. Nec. n. quicquã cauſſę eſt cur minus iuris habere debeat
conductor in fructibus fundi locati quàm ſi eos emiſſet, aut cur melior

ſit conditio emptoris fructuū, quàm ſi cōduxiſſet. Neuter ſ quidē dominus ſit fructuū niſi ex perceptione, quæ vt dixi, traditionis loco eſt. An igitur non plus iuris habebit emptor fructuū etiamſi prior contraxerit, quàm is cui poſteà idē fundus locatus fuit? Non plus vtiq; niſi eos fructus aut ſpecialiter aut generaliter cū cæteris bonis ſui venditoris habuit obligatos. Nam & ſimiliter cōductor etiā qui poſterior contraxiſſet omnimodo prędferendus eſſet ſi ſolus vinculo pignoris niteretur. Quòd ſi vterq; ius pignoris in ijs fructib. habuit, is potior erit qui in pignore prior reperietur. Quid deniq; ſi quod plerunq; fit, alteruter, id eſt vel emptor fructuū vel cōductor poſſeſſionem fructuū nactus ſit per clauſulā conſtituti? Iam diximus *Decade quarta* fieri non poſſe, vt per conſtitutū transferatur poſſeſſio bonorum futurorum. Sed ſi pragmaticorum errorem pro iure haberi velis, dicā potiorē fore conditionē eius qui per clauſulam illam poſſeſſor factus erit, quia poſſeſſio fructuū plus quàm perceptio eſt, nec poſſunt videri non percepti fructus qui iam poſſidentur. Quid ſi vterque, vt ſæpe fit, eandē habeat clauſulam conſtituti? Concurret vterque in poſſeſſione, & conſequenter in dominio, ſicut & concurrerent in pignore ſi vtriq; oppignerati eſſent fructus, licèt diuerſis temporibus *l. idemque 7. §. 1. D. qui potior. in pign. habeant.* Quamquam ſi verum amamus, abſurdum eſt fieri eos poſſeſſores per illum qui numquam ipſe poſſederit.

ERROR SEPTIMVS.

De tutela impuberis, auum paternum & matrem habentis.

SVMMARIA.

1 *Error pragmaticorum putantiū impuberis auum paternum habentis tutelam ad matrem deferendam eſſe.*

2 *Dicti erroris confutatio.*

3 *Rationis pragmaticorum refutatio.*

NIHIL dici, meo iudicio, poteſt abſurdius quàm quod pragmaticis placere video, impuberis, qui amiſſo patre auum paternū 1 & matrem habeat ſuperſtites, tutelam ad matrem deferri, licèt eius ſententię autorem laudent Bartolum ad *Nouell. vt lic.* 2 *matr. & auiæ.* Nā cùm † hic impubes in aui paterni maneat poteſtate, in qua & pater erat (ponimus. n. nepotē eſſe ex filiofamilias nō ex emācipato) repugnat omnino principijs & rationi iuris vt ei tutor detur. Eſt. n. tutela ius in capite libero, vt Seruius definiebat, & conſequenter imago quędā & participatio patriæ poteſtatis: propter quam cauſſam nullo iuris loco, nullóque caſu apud Iureconſultos ſcriptum reperias tutorem dari ei qui in alterius ſit poteſtate, quia non magis id fieri poteſt, quàm vt quis eodem tempore ſit in poteſtate duorum: quod non ſolùm ius ciuile, ſed natura etiā ipſa abhorret. Inde etiam fiebat vt iure ciuili fœminis nullo caſu tutela deferretur, ne matri quidem & auiæ ante Iuſtiniani conſtitutionem, quæ in eam rem nominatim facta eſt, quoniam fœminæ non habent nec habere poſſunt ius poteſtatis, ne in liberos quidem. *l. illud 4. §. ad teſtamenta. D. de* 3 *bonor. poſſ. contr. tabul.* Quid ergo fuit quod in iure tam aperto † Bartolum pragmaticorum

gmaticorum,vt puto,potiùs quàm iuris anteſignanum fallere potuerit? Hoc vnum.ſ.quod ex vulgata regula, eò tutela deuolui ſolet quò redit hereditas *l. quò tutela 73. De regul.iur.*certum autem eſt in filij hereditate matrē præferri auo etiam paterno,quia proximior eſt in gradu, inter aſcendentes verò prærogatiuam gradus ſeruari Iuſtinianus voluit, vt qui proximior eſt cuiuſcunq; ſexus ſit & ex quacunque linea cæteris omnibus præferatur *Nouel.* 118.*de hered.ab inteſt. venient.* Cur non ergo, inquiunt, mater auo paterno in tutela præfertur? Sed in promptu reſponſio eſt ineptam & ridiculam eſſe ratiocinationem,quia Iuſtiniani conſtitutio quæ de tutelis eſt,itémque illa quæſtio, cuinam potiùs deferenda ſit tutela, ad eum caſum pertinet quò de tutela tractari poſſit. Sunt enim vt vulgò iactitant & rectè, præſupponendi termini habiles. Nos autem negamus tractari poſſe de tutela eius qui ſit in aui poteſtate non magis quàm ſi patrem ſuperſtitem haberet. Priùs ergo probare *Bartolus* debuit dandum eſſe huic impuberi tutorem, quàm de eo diſputare, Materne danda ſit,an auus paternus. Sanè in auo materno poteſt locum habere hæc quæſtio,itémque ſententia & ratio *Bartoli*, quia nepos ex filia non eſt in aui materni poteſtate. Quamquam ilud etiam abſurdum videtur filiamfamilias, quæ ipſa non ſit ſui iuris habere filium in poteſtate iure tutelæ *l.ſic eueniet* 21.*ff.ad l.Iul.de adult.* Illud vtique cōſtat ſi nepos ſit ex filio emācipato matrē auo paterno propter Iuſtiniani conſtitutionē præferri debere.

ERROR VIII.

De curatore ei dando qui in patris aut aui paterni eſt poteſtate.

SVMMARIA.

1 *Error pragmaticorum putantium aliquando filioſam. tutorem ſiue curatorem dari poſſe.*

2 *Dicti erroris confutatio.*

NON multùm diſtat † error hic à ſuperiore. Nam quemadmodum 1 ex vera rectáque iuris ratione ei qui in patris aut aui paterni poteſtate eſt,tutor dari nullomodo poteſt,ita nec curator. Etſi enim ea inter tutorem & curatorem differentia eſt quòd tutor perſonæ, curator bonis datur,tamen fieri nequit vt qui alium in poteſtate habet, non habeat etiam illius bona ſi qua ſint, ſequuntur namque bona perſonam eodémque iure cenſentur. Et tamen caſus quidam ſunt in quibus putant pragmatici inducendum eſſe,vt etiam filiofamilias curator detur,præſertim impuberi aut minori. Nimirum quoties patri aut auo paterno ex aliqua cauſſa auffertur legitima adminiſtratio, puta ſi aut prodigus ipſe ſit aut mente captus qui nec adminiſtrare poſſit, vel cùm aliquid filiusfamilias facere cogitur quod ſit in rem patris,finge cogēdum eum fideiubere pro patre,aut propria res vendere vt partem à vinculis eximat & liberet. Nam cùm nemo in rem ſuam alteri autoritatem præſtare poſſit *l.* 1. *D.de autor.tutor.* conſequens videtur vt in id neceſſaria ſit autoritas curatoris, maximè ſi filius familias impubes aut minor annis vigintiquinque proponatur. Solent enim quæ à minoribus ſine curatoris autoritate geruntur minoris eſſe momenti, & faciliùs admittere in integrum reſtitutionē,ſi læſio aliqua interuenit. Sed ſi mecum

Digitized by Google

attentiùs rē intueare,nō negabis pragmaticos hîc deſipere,& ſi inſanis omnibus curator dādus eſt,curatore ipſos indigere.Cùm.n.pater aut auus paternus iis moribus eſt vt legitimā bonorū filij adminiſtrationē ei auferri oporteat,nō ideò tamē amittit ius patriæ poteſtatis, quippe quod non ex moribus ſed ex ſolo patris nomine,iuriſq; autoritate & cōſtituitur & æſtimatur.Atqui ratio , vt diximus , quæ impedit ne filiofamilias tutor aut curator dari poſſit tota pendet ex iure patriæ poteſtatis. Non igitur tutoris aut curatoris dandi neceſſitatē inducere illud poteſt,quò l pater deſierit eſſe adminiſtrator. Separata.n.ſunt iura patriæ poteſtatis & legitimæ adminiſtrationis, equidē adminiſtratio legitima quā habet pater in bonis filij pēdet ex patria poteſtate tanquā effectus à cauſſa. Sed nō quemadmodum ceſſante cauſſa ceſſat effectus,ita dici poteſt ceſſante effectu cauſſam ceſſare. An igitur patri demēti aut prodigo permittemus adminiſtrationē bonorum filij,aut ipſi filio qui fortaſſe dementior ſit & inſanior liberum patrimonij ſui adminiſtrandi arbitrium relinquemus?Nequaquam. Sed patri curatorem dabimus,qui non tantùm bonorum patris adminiſtrationem habeat , ſed etiam bonorum filij ex perſona patris perinde acſi patris bona eſſent,quæ ſunt filij: vt adminiſtratio bonorū filij confluat in adminiſtrationem bonorum patris : quaſi vnum idémque ſit patrimonium , ſicut patris & filij vna eadémque perſona eſſe intelligitur. Quod ad alium verò caſum pertinet quo curatoris datio neceſſaria eſſe exiſtimatur,id eſt,ſi in rem patris aliquid faciendum ſit à filio , æquè ineptire pragmatici mihi videntur:non quòd putem permittendum patri vt in rem ſuam præſtet filio autoritatem,ſed quia officium & autoritas iudicis ſufficere in eā rem poteſt. Quis enim melius quàm iudex ipſe qui optimus ſit iuris interpres & arbiter,æſtimare poſſit quid filium pro patre facere oporteat ? Aut quod periculum eſt ne fortè filius minor quādoque in integrum reſtituatur ex cauſſa ætatis aut læſionis aduerſus id quod & iure cogente & magiſtratu iubente fecerit?Non enim omnia quæ à minoribus geruntur,ſuſpecta ſunt,& periculo reſtitutionis obnoxia,ſed ea duntaxat , quæ propter ætatis lubricam & inconſultam facilitatem minori damnum adferunt. Cæterùm non videtur deceptus qui iure communi vtitur *l.vlt.C.de in integr.reſtit.minor.* Nec conqueri filius debet à ſe factum id pro patre,quod ni feciſſet , ingratus à patre dici,ex eáque cauſſa exheredari potuiſſet. Sic dicimus Patrem recuſantē,autoritatem præſtare filio volenti agere aduerſus eum cui pater ipſe aliquid ex bonis ipſius filij aduentitiis vendiderit,cogendū nihilominùs eſſe vt eam autoritatem præſtet,& quidē officio iudicis,adeóque licèt iurauerit, numquam ſe contrauenturum aut contrauenienti conſenſurum: potiùs quàm vt admittamus curatorem filio in eam rem dari, quoniam, vt Baldus tractat ad *l.vlt. §. in computatione.C.de iur.delib.*poteſt quis venire etiam cōtra factū propriū ratione officij ſui, & in omni iuramento & promiſſione intelligitur excepta autoritas ſuperioris. Et tamen quia fieri facilè poteſt vt paterna verecundia filium impediat ne audeat adire iudicem , vt patri imperetur neceſſitas autoritatis præſtandæ,æquiſſimè conſtitutum eſt à Iuſtiniano in *l.1.§.vlt.C.de annal.except.*vt præſcriptionis tēpora non currant contra filiumfamiliàs quandiu remanet in patris viui poteſtate , quod & iā anteà in bonis maternis ſtatutum fuerat à Conſtantino in *l.1.C.de bon matern.* Quibus conſtitutionibus vtique ratio nulla conſtaret, ſi ita ius eſſet,vt etiam viuo patre dari filiofamilias curator poſſet. Imputandum enim eſſet filio cur eum curatorem non petiiſſet.

tiiſſet. Sed neque cogendus eſſet pater, etiam inuitus, autoritatem præſtare filio ad agendum, ſi alia ratione conſuli filio commodè poſſet per dationem curatoris: quomodo tamen cogi eum poſſe, officio ſcilicet iudicis, voluit Iuſtinianus in *l. vlt. § neceßitate C. de bon. quæ liber.*

ERROR NONVS.

De minore curatorem habente.

SVMMARIA.

1 *Minori curatorem habenti difficiliùs permittitur vt contrahat ſine curatore, quàm ſi nullum haberet.*

2 *Poteſt tamen ſine curatore ſtipulanti promittere, & à promittente ſtipulari.*

3 *Prohibita minori alienatione prohibita quoque cenſetur obligatio quâ ad alienationem perueniri poteſt.*

4 *Non recta eſt in omnibus prodigi, cui bonis interdictum eſt, & minoris curatorem habentis comparatio.*

5 *Nec minoris curatorem habẽtis & pupilli.*

INTEREST ſanè an minor curatorem habeat, nécne. Etſi
enim minor non aliter reſtituitur, quàm ſi læſus ſit, ſiue cura-
torem habeat, ſiue non; tamen cùm habet † curatorẽ, diffici- 1
liùs ei permittitur vt cõtrahat ſine curatore quàm ſi nullum
haberet. Nimirum ſi res ſuas vẽdere velit ſine decreto. Nam
quod ad hanc rẽ pertinet non abſimilis videtur ei cui à præ-
tore, curatore dato, bonis interdictũ eſt: vt Imperatores Diocletianus & Ma-
ximianus reſponderunt in *l. ſi curatorẽ habens* 3. *C. de in integr. reſtit. minor.* A-
lienatio. n. rerũ minoris ſiue mobiliũ, ſiue immobiliũ, ſicut maioris, & præ-
cipui momẽti eſt, ita difficiliùs permittẽda viſa fuit, ne alioqui totius patri-
monij iactura facilè minor incurrat, quod ne fiat curator ei dari in id ſolet.
Sed non eo minùs ei permittendũ eſt † vt ſtipulanti, promittẽdo ſine cura- 2
tore ſuo, ſe obliget *l. puberes* 101. *de verb. obligat.* ſicut & ſine curatore ſtipula-
ri poſſet *l. neque tutoris.* 7. *C. de contr. & cõmitt. ſtipulation.* Quamquã. n. pro-
hibita † alienatione ſolẽt ea quoq; prohibita intelligi, per quę ad alienationẽ 3
perueniri poteſt, ex obligatione aũt minoris valida fieri poteſt vt ad bono-
rũ eius diſtractionẽ perueniatur, ſi is qui ritè rectéq; obligatus eſt, nolit ſol-
uere *l. magis puto* 5. *§. ſi pupillus ſtipulanti.* D. *de reb. eor. qui ſub. tutel. vel cur.
ſunt non alien.* tamen ea diſtractio minùs periculoſa ſuſpectáque eſt, quę non
niſi per iudicem & cauſsá cognitâ fieri poteſt, & conſequenter ita demum ſi
appareat iuſtam obligandi minoris cauſſam fuiſſe, nec aduerſus eam obli-
gationem reſtitutio in integrum ex iuſta cauſſa poſtuletur. Ex quo appa-
ret, non rectam eſſe † in omnibus prodigi, cui bonis interdictum eſt dato 4
curatore, & minoris curatorem habentis comparationem. Nam is cui bo-
nis interdictum eſt, non magis obligare ſe poteſt promittendo, quàm rem
ſuam tradendo in alium transferre. *l. is cui bonis.* 6. D. *de verb. obligat.* Et ridi-
culi ſunt interpretes noſtri, qui quod ſcriptum eſt in *dict. l. puberes*, de eo pu-
bere intelligunt, qui non habet curatorem, cùm tamen lex dicat *ſine curato-
ribus ſuis*, vt & iam ante nos *Iacobus* Cuiacius ad eum locum obſeruauit. Sed
magis ridiculi ſunt pragmatici, qui minorem † habentem curatorem putant 5
in omnibus comparandum eſſe pupillo: ex eóque inferunt, nec ſi vendat rem

ſuam adhibito iureiurando, poſſe tamen valere venditionem, & confirmari ex conſtitutione Friderici, quæ ſacramenta puberum ſponte facta ſuper contractibus rerum ſuarum non retractandis inuiolabiliter cuſtodiri iubet. *Auth. ſacramenta puberum. Cod. ſi aduerſ. vendit.* Nam cùm ea conſtitutio nihil aliud requirat ad contractus quoslibet etiam alienationum validandos, niſi vt pubes fuerit is qui iurauit, quis putet puberem hoc ipſo fieri impuberem aut pro impubere habendum, quòd curatorem habeat, ne iurando obligetur? Sed & conſtat pupillum, etiamſi poſſit vtiliter ſtipulari ſine tutore, *dict. l. neque tutoris*, obligari tamen & promittere ſtipulanti niſi tutore autore non poſſe *l. ſi pupillus* 127. *D. de verb. obligat.* cùm tamen minor etiam ſine curatore ſuo rectè obligetur *dict. l. puberes.* Non igitur eadem in omnibus ratio eſt pupilli, quæ minoris curatorem habētis. Et ſanè ſi verum eſt, quod interpretes omnes, itémque pragmatici clamitant, iuſiurandum poſt ſupradictam Friderici conſtitutionem habere vim decreti & ſolennitatem omnium, quas alioqui neceſſe eſſet interuenire in vēditione rerum minoris, cur requiremus præſentiam curatoris, quæ vna eſt ex ſolennitatibus requiſitis? Quamquam vtrum id verum ſit, quòd iuſiurandum habeat vim decreti omniúmque ſolennitatum, quoniam id quoque mihi ſuſpectum eſt, alio loco diſcutiendum erit.

ERROR DECIMVS.

Vbi conueniri debeat is qui ex cauſſa euictionis vel mandati autor laudatur.

SVMMARIA.

1 *Venditor ſequitur forum & iudicem emptoris.*

2 *Quomodo à pragmaticis propoſitum enunciatum accipiatur.*

3 *Sententiæ pragmaticorum confutatio.*

4 *In quibus actionibus actor forum rei ſequi debeat.*

5 *Quæ ſit ſententia l. venditor. 49. D. de iudic.*

6 *Venditor qui negat ſe ad litem pro emptore ſuſcipiendam teneri apud iudicem emptoris non cogitur litigare, ſed apud ſuum conueniendus eſt.*

7 *Senſus leg. 1. Cod. vbi in rem act. exerc. deb.*

8 *Vbi cogatur litigare qui à fideiuſſore ex cauſa mandati ad litem defendendam vrgetur.*

1 TRITVM eſt, venditorē † ſequi forum & iudicē emptoris, *l. venditor.* 49. *D. de iudic. l. 1. in fi. C. vbi in rē actio.* Sed tamē à pragma-
2 ticis omnib. id peſſimè acceptū eſt. Putant † enim, ſi quis tāquam venditor laudetur autor ab emptore cui res euincitur, in eámq; rem conueniatur ad rem defendendā, cogi illum apud emptoris iudicem litigare, nō ſolùm ſi fateatur ſe teneri, quod ſanè dubitationē nō habet, ſed etſi neget ſe vendidiſſe, aut de euictione obligatū eſſe, aut quid aliud alleget propter quod litem defendere non teneatur. Quod vtiq; † falſum eſt, & ex recta
3 iuris ratione defendi nullomodo poteſt. Nam ſiue quis ex vēditione, ſiue ex cauſſa mandati conueniatur, vt litem pro alio ſuſcipiat, is neceſſe eſt vt ex contractu, vel ex quaſi contractu conueniatur, ergo perſonali actione. Perſonales

ſonales enim actiones eæ ſunt omnes,quæ vel ex contractu vel quaſi, vel ex delicto vel quaſi proficiſcuntur.Porrò in eo perſonalium † actionum genere 4
apertiſſimum & perpetuum ius eſt, Actorem forum rei ſequi debere *l.2.C.de iuriſdict.omn.iudic.* Quod & in actionibus in rem locum habet, niſi quod eo caſu,etiam in iis locis in quibus res,propter quas contenditur,ſitæ ſunt,actio in rem contra poſſidentem exerceri poteſt *l.vlt.C.vbi in rem act. exercer.deb.* Nec huic noſtræ ſententiæ † repugnat quod ſcriptum eſt in *d. l.venditor.* 5
Tractat enim illo loco Paulus de venditore qui ab emptore denunciatus vt eum euictionis nomine defenderet,non negabat ſe teneri, ſed dicebat ſe ſui iudicis priuilegium habere, & ex ea cauſſa volebat litem ab eo iudice, apud quem res inter petitorem & emptorem cœpta erat,ad ſuum iudicem reuocare.Id verò fieri debere negat Paulus, & optima ſanè ratione, quòd venditor ſoleat ſequi forum emptoris. At nos de eo venditore † agimus, qui negat ſe 6
teneri ad litem pro alio ſuſcipiendam, quíque ſui iudicis priuilegium allegat vt propriam litem tractet,non vt alienam. Qui caſus certè diuerſus eſt, nec minùs indubitati iuris, vt apud ſuum, non apud alienum iudicem conueniatur qui ex propria perſona proprióque contractu conuenitur:nec alia ſententia † eſt *dicta l.1.C.vbi in rem actio.exerc.deb.*in vltimis illis verbis, *Nec enim* 7
iuriſdictionis forma in eadem prouincia conſtitutis,tam petitore quàm poſſeſſore ob auctoris perſonam quàm in alia prouincia dicis conſiſtere,debet immutari. Agebatur enim illo etiam loco de venditore cui litem poſſeſſor denuntiauerat, quíque nihil allegabat quominus euictionis periculum præſtare deberet, vt præcedentia illa oſtendunt,*Nam ſi denuntiaſti ei qui tibi vendidit, intelligis euictionis illi periculum imminere.*Et hic ſanè error mihi ſemper viſus eſt ſtolidiſſimus & ineptiſſimus omnium,quotquot pragmaticorum inſcitia vel induxit vnquam, vel admiſit, nec poſſum ſatis mirari qua infelicitate factum ſit,vt in ſupremis quoque tribunalibus inualuerit. Quæ de venditore diximus,eadem obtinent in eo † qui fideiuſſorem dedit, ſi à fideiuſſore ex cauſſa 8
mandati ad litem defendendam vrgeatur.

ANTONII FABRI IC.

DECAS SEPTIMA.

ERROR PRIMVS.

De reſcindentis & reſciſſorij iudicij cumulatione.

SVMMARIA.

1 *An reſcindentis & reſciſſorij iudicij cumulatio iuris ſcripti ratione nitatur.*

2 *Sententia pragmaticorum affirmans & eius fulcimentum.*

3 *In oppoſitum auctoris aſſertio.*

4 *Reſtitutio in integrum datur ad diſtrahendum negotium iniquè contractum, eſtque actio perſonalis.*

5 *Actio in rem priùs dari nequit, quàm per in integrum reſtitutionem reſciſſa ſit alienatio.*

6 *Iudicium reſcindens reſciſſorij eſt præ-*

paratorium.

7 *Explicatio l. in cauſſa, 13. §. interdum. D. de minorib.*

8 *Quæ actiones cumulari queant.*

9 *Actio de eo quod vi metúſve cauſſa geſtum qualis ſit, & aduerſus quem detur.*

10 *Actio reſtitutoria ex capite de dolo non admittit cumulationem iudicij reſciſſorij.*

11 *Actiones non alijs dantur, quàm quorum intereſt.*

12 *In minorum reſtitutione in integrum an poſſit cumulatio reſcindentis & reſciſſorij fieri.*

QVOD moribus Galliæ primùm inductum, & ad vſum no-
1 ſtrum forenſem traductum eſt, vt reſcindentis † & reſciſſo-
rij cumulatio admittatur, id pragmatici plerique putãt à iu-
2 ris communis ratione non abhorrere. Sic enim Imbertus †
in Enchiridio ſcribit poſt Speculat. *Tit. De in integr. reſtit.*
Ex *l. in cauſſa 13. §. interdum. D. de minor. vigintiquinque ann.*
vbi Vlpianus ſcribit non eſſe nouum vt & in rem reſtitutio detur minori, id
eſt, etiam aduerſus rei poſſeſſorem, licèt cum eo contractum non ſit. Vt puta,
inquit, rem à minore emiſti, & alij vendidiſti. Poteſt deſiderare interdum ad-
uerſus poſſeſſorem reſtitui ne rem ſuam perdat, vel re ſua careat; & hoc vel
cognitione prætoria, vel reſciſſa alienatione dato in rem iudicio. Ego verò
3 auſim † dicere ius hoc noſtrum forenſe & conſuetudinarium has etiam par-
4 te, ſi qua vnquam in alia, cum iure ſcripto diſſentire. Nam cùm reſtitutio † in
integrum detur ad diſtrahendum negotium quod iniquè contractum fuit,
non magis fieri poteſt, vt non ſit perſonalis ea actio quàm ſi competeret ex
contractu ad diſtractum, vt in ſpecie *l. ex empto 11. §. is qui vina. D. de actio.*
5 *empt.* Iudicium autem quod in rem ipſam † datur, fieri nequit vt priùs detur,
quàm reſciſſa ſit alienatio: vt & Vlpianus ipſe fatetur in *dicto §. interdum.* Si-
quidem quandiu tenet alienatio, non poteſt videri dominus eſſe is qui rem
ſuam alienauit. Proinde nec actionem in rem habere interim poteſt, quæ non
niſi domino datur, *leg. in rem 23. D. de rei vindicat.* Eſt igitur iudicium
6 † reſcindens præparatorium reſciſſorij, neceſſarióq; præcedere debet, niſi ali-
quid ſit quod faciat, vt eius qui rem poſſidet, non alia, quàm eius qui ipſe cõ-
traxit, ratio conſtituenda videatur; vtputa, ſi is qui contraxit, nomen ſuũ dun-
taxat accommodauerit poſſeſſori, dolúſq; poſſeſſoris interuenerit in cõtractu
7 cum alio ineundo. Hic enim meo † iudicio, ſenſus eſt Vlpiani in illis verbis,
vel cognitione prætoria. Nam quemadmodum in integrum reſtitutio minorũ
in hoc cæteris fauorabilior eſt, quòd non iudicis dati, vt cæteræ, ſed ipſius
prætoris autoritate indulgetur, vt edicti verba demonſtrant (ait namq; Præ-
tor, *animaduertam*, non vt in alijs *iudicium dabo.*) Ita pleniorem habet cauſſæ
cognitionem, magíſque liberum admittit arbitrium prætoris, vt ex cauſſa etiã
poſſeſſorem condemnet, quàm ſi per iudicem datum res expediretur.
Quomodo enim iudicium in rem daret prætor, niſi ſub hac formula, *ſi appa-
rebit rem eſſe petitoris.* Quomodo autem poterit conſtare rem eſſe petitoris
niſi priùs reſciſſa ſit alienatio? Id enim eſt quod Vlpianus ſubiicit, *vel reſciſſa
alienatione dato in rem iudicio*, vt minori iudicium in rem detur poſt aliena-
tionem reſciſſam beneficio in integrum reſtitutionis. Cumulari ergo hu-
8 iuſmodi actiones non poſſunt: earum † enim demum cumulatio fieri dici-
tur quæ ſimul & ſemel tractantur, & inter quas nullus ordo ſit, nec alteram
altera aut præcedat, aut ſequatur: quomodo ſe habent inter ſe actio perſo-
nalis & hypothecaria contra debitorem, vindicatio & actio ex vendito con-
tra eum qui rem alienam dolo malo vendidit domino ignoranti, necdum

tradidit,

tradidit,& aliæ ſimiles ſexcentæ. Erit autem res aptior, ſi de aliis cauſſis in integrum reſtitutionis tractemus. Actio † enim de eo quod vi metuſ- 9
ve cauſſa geſtum erit, quoniam in rem ſcripta eſt, datur contra quemlibet poſſeſſorem, etiam qui neque vim neque metum intulerit: idcóque probata vi vel metu per quem cumque illato condemnatur poſſeſſor ad rem reſtituendam, non duabus actionibus in id cumulatis, ſed vnica illa actione quæ ipſa in integrum reſtitutio eſt. Cur enim duas actiones inducamus cùm vna ſufficiat? Quamquam ſi velit, etiam in rem agere poteſt, quaſi qui dominus mãſerit *l. metum 9. §. volenti & §. licet de eo quod met. cauſ. l. 3. C. eod.* Illa quoque reſtitutio † quæ datur ex capite De dolo, licèt in perſonam tantùm ſit ex 10
parte agentis, tamen non admittit cumulationem iudicij reſciſſorij, quia dolum manifeſtis indiciis priùs probatũ eſſe neceſſe eſt, adeóque reſciſſum eſſe id quod dolo malo geſtum eſt, quàm ad poſſeſſorem perueniri poſſit. Sed nec impetrata reſtitutione ex cauſſa doli fieri poteſt vt ad poſſeſſorem perueniatur, ne quidem poſteà, quoniam is aduerſus quem reſtitutio impetrata eſt, ſi rem non reſtituat, condemnari ſolet, & debet in id omne quod intereſt actoris qui dolum malum paſſus eſt. Poſteà verò quàm conſecutus ille fuit quicquid ſua intereſſe potuit, iam nulla cauſſa eſt actionis ei indulgendæ contra poſſeſſorem. Illud enim actionibus † omnibus commune eſt, ſiue in rem ſint, 11
ſiue in perſonam, vt non alij dentur quàm cuius intereſt. Quòd ſi ponas eum qui dolum admiſit & condemnatus eſt, ſoluendo non eſſe, ne tum quidem poſſeſſor erit inquietandus, quoniam actio de dolo, & in integrum reſtitutio quæ ex ea cauſſa competit, non datur fauore eius qui dolum paſſus eſt, ne quid damni ſentiat, ſed odio eius duntaxat qui dolum fecit, ne ex dolo ſuo lucretur. Nos autem de eo poſſeſſore loquimur qui bonæ fidei ſit, & qui dolum nullomodo participauerit. Alioqui eſſet is ipſe conueniendus non neceſſario iudicio, ſed propria actione de dolo, ſi dolum participaſſet. Multò minùs igitur quis admittat hoc caſu reſcindentis & reſciſſorij cumulationem. De ſola in integrum † reſtitutione quæ minoribus læſis datur, tractari & dubitari poteſt: in qua ſanè ſpeciale eſt, vt non tantùm contra eum detur qui cum minore contraxit, ſed interdum etiam contra poſſeſſorem, ſcilicet quia non tam cõpetit odio eius qui minorem decepit: (quòd ſi eſſet, non poſſet ea deceptio bonæ fidei emptorẽ cõtingere) quàm fauore minoris ne rẽ ſuã perdat, néve re ſua careat, vt Vlp. loquitur in *d. §. interdũ.* Cui cõſequẽs eſt, vt non aliter minori ſuccurrendum ſit aduerſus bonæ fidei poſſeſſorem, quàm ſi periclitetur minor de damno, aut ſi de ea re agatur qua cogi eũ carare iniquum ſit. Prius contingit, ſi is qui cum minore contraxit, non ſit ſoluendo, vt indemnem ſeruare minorem poſſit, poſterius verò ſi ponas alienatam à minore rem precioſam, & quam habere ipſius interſit potiùs quàm ipſius æſtimationem, propter iuſtam & probabilem adſectionem. Finge domum paternam eſſe in qua ſint maiorum imagines & alia eiuſmodi ad virtutis & honoris ſtudium incitamenta. Nam & ex hac cauſa minorem in integrum reſtitui poſſe placuit, licèt damnũ pecuniarium nullum emergat *l. ſi in emptionem 35. D. eod. titul.* Itaque eleganter Vlpianus hæc duo accepit quaſi ſeparata, quæ tamen prima facie poſſit quis in eundem ſenſum vſurpare *ne rem ſuam perdat, néve re ſua careat.* Interdum enim ſufficit minori ſi indemnis ſeruari poſſit, ne patrimonium ſuum diminuiſſe videatur, licèt ſut irum ſit vt re ſua careat. Interdum contrà ſufficit ad indulgendam

minori reſtitutionem, quòd alioqui re ſua cariturus ſit, licèt non moretur in damno. Ergo ſi is qui cum minore contraxit, ſoluendo ſit,& de ea re agatur in quam non cadat probabilis & iuſta minoris adfectio, nulla minori danda eſt actio contra poſſeſſorem,nec ſi ſcienter emerit rem quam ſciuit à minore ſic alienatam fuiſſe vt tamen aduerſus primum emptorem reſtitutio concedi potuerit, vt apparet ex ea diſtinctione quam eodem loco Vlpianus ſubiicit, iuncta lege ſequenti. Falſum igitur eſt fieri hoc caſu reſcindentis & reſciſſorij cumulationem. Sed & cum reſciſſo contractu per minorem inito datur actio contra poſſeſſorem iis nimirum caſibus quibus alioqui minor aut damnum ſenſurus, aut re ſua precioſa cariturus eſſet, cumulatio tamen dici non poteſt actionum quæ non contra vnum eodémque poſſeſſorem, ſed contra plures competunt. Potiùs enim dicenda eſſet actio reſciſſoria, executio rei iudicatæ in cauſſa reſtitutionis in integrum quàm actio cumulata. Nec ſanè quicquam in eo abſurdi eſt ſecundum hanc noſtram interpretationem vt executio impetratæ reſtitutionis ſit expeditior, nec poſſit quondoque poſſeſſor dicere colluſum fuiſſe inter minorem, & emptorem condemnatum.

ERROR SECVNDVS.

De tertio poſſeſſore rei à minore alienatæ & per in integrum reſtitutionem petita.

SVMMARIA.

1 Quomodo in quæſtione de reſtitutione minoris accipiant pragmatici illud vulgatum, Reſcindentis & reſciſſorij cumulationem fieri poſſe.

2 Reſtitutio in integrum quæ datur minori eſt perſonalis, & datur tantùm contra eum qui cum minore contraxit, contra pragmaticos.

3 Qui cum pupillo aut minore contraxit eúmque decepit deterioris debet eſſe conditionis, quàm qui poſtea ab ipſo emit.

4 Explicatio l. in cauſſa. 13. §. interdum. D. de minorib.

5 Ex ſententia Bartoli prioris contrahentis bona priùs diſcutienda ſunt per minorem, quàm ad tertium poſſeſſorem peruenire poſſit.

6 An qui emit rem quam ſcit aliquando fuiſſe minoris, eo ipſo pro malæ fidei poſſeſſore habendus ſit.

IGNOSCENDVM eſſet pragmaticis, ſi iuris ignoratione errarent in ea duntaxat verborum ſignificatione aſſequenda, quæ iureconſultorum propria eſt, & ex qua tamen pēdet tota cognitio principiorum. Sed ferre non poſſum vt errēt in ſuis ipſis etiam erroribus,& hoc ipſum in quo priores pragmatici errarunt aliter accipiant poſteriores,quàm priores ſenſerint. Nam quod illis placuit admittendam eſſe reſcindentis & reſciſſorij cumulatione; iſti ſic
1 intelligunt † vt reſtitutio in integrum, quæ minori ex edicto competit aduerſus eũ,cum quo minor contraxit,poſſit rectà exerceri contra tertiũ poſſeſſorē,adeóq; inaudito & non vocato eo,cum quo contractum fuit. Quod
2 tamē tã abſurdũ eſt,quàm quod abſurdiſſimũ:cũ reſtitutio †in integrũ quæ cōpetit minori nō poſſit eſſe nō perſonalis, quãdoquidē in id datur vt quod cum

cũ alia perſona geſtũ eſt reſcindatur:alioqui ſi nihil cũ minore geſtũ ſit, non
datur reſtitutio *l. ait prætor* 7. D. *de minor.* Nec ſanè vſquã ſcriptũ eſt reſtitutio-
né in integrũ dari minori cõtra tertiũ, hoc ſenſu, vt de iure & æquitate reſti-
tutionis tertius qui non contraxit diſputare cogatur. Datur quidem inter-
dũ hactenus vt cùm reſciſſus fuerit contractus, audito ſcilicet & condemna-
to eo qui minorem læſit, cogatur tertius rem reſtituere quæ fuit minoris, vt
ſcriptum eſt in *§. interdum l. cauſſæ.* 13. *eod.* quo caſu non tam reſtitutio ipſa
quàm vis & effectus reſtitutionis contra tertium dirigitur: ſed vt tertius qui
neque contraxit, neque tractatui interfuit, compellendus ſit ſuſcipere litẽ de
in integrum reſtitutione, nulla certè ratio patitur aut iuris aut æquitatis. Ea
namque cauſæ cognitio quæ circa concedendã vel denegandam reſtitutionẽ
verſatur, pendet vt plurimùm ex iis quæ in tractatu habendo interuenerunt,
quæ aliquãdo ſunt eiuſmodi, vt minor qui reſtitutionẽ petit, decepiſſe potiùs
quàm deceptus fuiſſe videatur. Quorum tamẽ omnium vix eſt vt conſcius ſit
& gnarus is, qui bona fide ab eo emit, cum quo minor contraxit. Dices fortaſ-
ſe, tertium illum poſſeſſorẽ ſi à minore rectà inquietetur, ius habere denun-
ciandi ſui venditoris, qui litẽ vt propriam ſuſcipiendo, aduerſus minorẽ diſ-
putaturus ſit de iniquitate reſtitutionis. Sed quænam, obſecro, præpoſtera hæc
litigandi ratio eſt, vt is cuius damno reſtitutionis euẽtum cedere oportet, qui
ipſe contraxit, qui denique ex contractu obligatũ habet minorẽ, id vnum a-
gentem vt contractus diſſoluatur, non à minore ipſo, ſed ab emptore cui ni-
hil imputari poteſt, emptoríſque ſumptibus & periculo ad reſtitutionẽ im-
pediendam euocetur. Errorem autem pragmaticorum illud apertiùs detegit,
quòd quemadmodum volunt admittendam eſſe omni caſu reſcindentis, &
reſciſſorij cumulationem, ita omni caſu patiuntur tertium poſſeſſorem con-
demnari vt reſtituat rem minori, ſi is in cauſſa reſtitutionis obtinuerit, quaſi
fieri nequeat vt melior condicio ſit eius qui emit ab eo cum quo minor con-
traxit, quàm ipſius primi contrahentis. In quo apertè vim faciunt Vlpiano, &
etiamſi Vlpianus non eſſet certiſsimæ iuris rationi. Quis enim non æquum
putet, vt qui cum † pupillo contraxit, eúmque decepit, ſiue ex propoſito ſiue in 3
re ipſa dolus interuenit, deterioris condicionis ſit, quàm qui poſteà à primo
emptore, fortaſsis maximo & immodico precio, quòd primus ille viliſsimo
compararat? Aut quomodo poteſt videri minor læſus ab eo cum quo nihil
geſsit? Aut denique quid minoris intereſt, à quo res ſua poſsideatur, ſi ob-
tenta reſtitutione, indemnitatem, litiſque æſtimationem conſecutus ſit ab
eo per quem fuerat deceptus? Niſi fortè proponas talem rem eſſe, quam in-
terſit maximè minoris habere potiùs quàm rei æſtimationem, quo caſu ſu-
periore capite diximus permittendum minori, vt rem quondam ſuam euin-
cat, propter iuſtam & probabilem adfectionem ex *l. ſi in emptionem* 35. *D. de
minor.* eámque Vlpiani † ſententiam eſſe in *d. §. interdũ*, in illis verbis *vel re ſua* 4
careat. Sed hoc ipſũ cogit nos vt fateamur, ſi aliud nihil ſit, niſi quòd minor
læſus fuerit in rei ſuæ & hereditariæ vẽditione, nihil conſtituendũ eſſe contra
tertiũ poſſeſſorem. Non enim iuſta & probabilis illa minoris adfectio eſt, ſi
dicat malle ſe rẽ habere, ob hoc ſolùm quòd aliquando ſua fuit. Qui perpe-
tuus pragmaticorũ error eſt. Sed & quod magis quis mirari poſsit, ea Vlpiani
ſententia eſſe videtur in *d. §. interdũ*, vt non ſolùm ex parte minoris diſtinguẽ-
dũ ſit, an ab eo cum quo cõtraxit, indemnis ſeruari poſsit, iuſtámve & proba-
bilem habeat rei ſuæ recuperandæ adfectionem, ſed etiam ex parte poſſeſ-

Digitized by Google

ſoris, an bona fide contraxerit, nécne, nimirum vt intelligamus ſi bonæ
fidei emptor fuit, non eſſe permittendum minori, qui in cauſſa reſtitutio-
nis obtinuit, vt eum inquietet, nec eo quidem caſu quo alioquin permit-
teretur, id eſt, etiamſi minor iuſtam habeat adfectionis cauſam, dummo-
dò prior emptor idoneus ſit & ſoluendo: quia ſcilicet maior ratio eſt vt
poſſeſſori faueamus, qui bonam fidem in contrahendo habuit, & cui proin-
de nihil imputari poteſt, quàm minori, cui ſaltem hoc ipſum imputari poteſt
cur contraxerit, & rem ſuam alienauerit. Tractamus enim de contractu qui
ipſo iure valuerit, & conſequenter ex quo alienatio, dominiíque tranſlatio
ſecuta ſit: quoniam ſi poneres rem immobilem ſine decreto & ſine iureiuran-
do venditam fuiſſe, reſtitutio in integrum neceſſaria non eſſet, daretúrque
minori tanquam domino aduerſus quemcunque poſſeſſorem directa vindi-
catio *l. non eſt vobis 2. C. de præd. minor.* Et verò ſi aliter Vlpianum intellige-
res, vix dici poſſet quò ſupradicta diſtinctio pertineret. Coniunctio enim le-
gum quæ ex Paulo & Caio ſubiiciuntur, oſtendit ſatis, diſtinctionem Labeo-
nis quam ex Pomponio Vlpianus refert, & quam Iureconſulti probarunt eá
fuiſſe, vt ſi tertius poſſeſſor in mala fide eſſet, id eſt, non ignoraret ea quæ in-
ter minorem & priorem emptorem geſta eſſent, omnimodo daretur aduer-
ſus eum reſtitutio: ſin bonam fidem haberet propter ignorantiam, non alio
caſu ſuccurri oporteret minori aduerſus ignorantem, quàm ſi prior emptor
ſoluendo non eſſet. Nam vt Paulus ex eodem Pomponio dicebat, quandiu is
qui à minore rem accepit, aut heres eius idoneus eſt, nihil noui conſtitui de-
bet in eum qui eandem rem poſteà bona fide emerit: id eſt, de impetrata qui-
dem reſtitutione aduerſus priorem emptorem, eóque condemnato. Tantum
abeſt vt eo inaudito poſſeſſorem quemlibet ſine vlla bonæ vel malæ fidei di-
ſtinctione à minore per in integrũ reſtitutionem omni caſu, id eſt, & pro re
qualibet, & tum etiam cùm prior emptor ſoluendo eſſet, inquietari poſſe re-
ſponſuri fuerint prudentes, ſi eos pragmatici cõſuluiſſent. Itaque quod inter-
dum, & nonniſi ex magna cauſſa minori permittendum eſſe Iureconſulti vo-
luerunt, pragmatici noſtri ſemper & diſtinctè admittunt, & ad omnes res,
omnéſque tam minorum quàm poſſeſſorum perſonas protrahũt, non modò
inuita iuriſprudentia, ſed etiam, quod mirabilius eſt, inuito *Bartolo*, qui ad eũ
5 Vlpiani locum verè magis quàm ſubtiliter adnotauit. Prioris † contrahentis
bona priùs diſcutienda eſſe per minorem, quàm ad tertium poſſeſſorẽ quem
ignorantia excuſat peruenire poſſit. Illud tamen apud ipſos quoque Iurecon-
6 ſultos obſeruari volo, quod illi aiunt de malæ † fidei poſſeſſore ſic accipiendũ
eſſe, non vt malæ fidei poſſeſſor quis ſit ex hoc ſolo, quòd cùm emeret ſciuit
rem illam fuiſſe aliquãdo minoris, ſed ita demum, ſi quomodo Vlpianus lo-
quitur, *ſciuit rem ita geſtam*, id eſt, ſic contractũ fuiſſe cum minore, vt is læſus
fuerit, ex eáque cauſſa in integrum reſtitutionis quandocunque poſtulandæ
ius habuerit. Fieri namque poteſt, vt quis ſciat rem minoris aliquando fuiſſe,
nec tamen ſciat deceptum minorem: nimirum ſi quod ſæpenumero euenit,
minùs aperta ſit læſio, aliáve cauſſa reſtitutionis, putà dolus primi emptoris.
Alioqui eſt ſanè quod imputetur ei qui emit rem, quam ſcit minoris fuiſſe, ſi
non fuerit diligentior, adeóque curioſior in inquirendo, quomodo res geſta
ſit inter minorem & priorem emptorem, id eſt, an minor læſus fuerit & ad-
uerſus contractum ſuum ex ea cauſſa reſtitui potuerit, néc, narg. *l. doli 19. §. di-
uerſum D. de nou. l. vir vxori. 17. D. ad S.C. Velleian. l. vlt. De exercit. act.*

ERROR TERTIVS.

De in integrum reſtitutione maioris aduerſus tertium poſſeſſorem ex cauſſa immodica læſionis.

SVMMARIA.

1 *Pragmatici dari putant maiori in integrũ reſtitutionem etiam aduerſus tertium poſſeſſorem ex cauſſa immodica læſionis.*

2 *Quatenus permittendum ſit ei qui petit reſtitutionem vt eam impetret contra tertiũ poſſeſſorem. & num. 4.*

3 *Non eſt in maiore recipiendum quod propter ætatem indultum eſt minori, vt in rem aliquã do petere poßit reſtitutionem. & nu. 7.*

5 *Vera ſententia l. in cauſſæ. 13. §. interdum. D. de minorib aduerſus pragmaticos declaratur.*

6 *Qui ſe in pretio læſum conqueritur, ſat habet ſi indemnis ſeruetur.*

8 *Etiamſi ſecundus emptor ſciuerit quid inter priores contrahentes geſtum ſit, non tamen dãda eſt maiori aduerſus ipſum in integrum reſtitutio.*

9 *Nequidem eo caſu quo prior emptor non eſt ſoluendo.*

10 *Reſtitutiones quadam fauore ætatis, quadam odio eius qui conuenitur, conceduntur.*

11 *Reſtitutio ex capite de eo quod metus cauſſa, cur aduerſus quemlibet poſſeſſorem detur.*

12 *Quomodo accipienda ſit regula, Alienationem non poſſe fieri niſi cum ſua cauſa.*

13 *Debitoris chirographarij bona creditori etiam poſt condemnationem non ſunt priùs obligata, quàm iudicati executio per pignorum capionem facta ſit.*

14 *Quomodo intelligendum illud, Reſoluto iure datoris reſolui ius acceptoris.*

SED illud multò abſurdius † & intolerabilius eſt quod iidẽ 1
pragmatici inuexerũt, cùm maior annis vigintiquinque ex cauſſa immodicæ læſionis petit reſtitutionem in integrum aduerſus venditionem. Putant enim ſi læſus ſit venditor vltra dimidiam iuſti precij, & ea res ab emptore rurſus alienata ſit, dandam venditori reſtitutionem, non modò aduerſus priorem emptorem, ſed etiam aduerſus poſteriorem, eundémque poſſeſſorem, idque indiſtinctè, id eſt, ſiue proponas bonæ fidei poſſeſſorem eſſe qui ignorauerit ea quæ inter venditorem & priorem emptorem geſta ſunt, ſiue malæ fidei poſſeſſorem qui ſciuerit: itémque ſiue primus emptor ſoluendo ſit, ſiue non. In quo conſtituunt prorſus eandem rationem minoris & maioris in iure petendæ reſtitutionis contra tertium poſſeſſorem: imò meliorem faciunt conditionem maioris, quàm ex iuris ratione debeat eſſe minoris, ſecundùm ea quæ proximè diſputauimus. Vtrumque autem ideò ſolùm, quòd permiſſa ſit, inquiunt, reſcindentis & reſciſſorij cumulatio. Nos verò iam in ſuperioribus docuimus, errore primùm inductum illud eſſe, vt reſcindentis & reſciſſorij cumulatio admittatur, cùm priores pragmatici ita ſe facere putarent ex vera ſtrictáque iuris ratione, potiùs quàm vt ab eo recederent, quod iure communi cautum eſſet. Deinde monuimus, ſi quando permittendum † ſit ei qui petit reſtitutio- 2
nem, vt eam impetret contra tertium poſſeſſorem, hactenus id ei indulgẽdum eſſe, vt tamen priùs & ante omnia de iure & æquitate reſtitutionis diſceptetur inter eos qui inuicem contraxerunt, vt quæ actio in poſſeſſorem dirigitur, magis ſpectet ad executionem rei quæ inter alias iudicata erit, quàm ad cauſſam ipſam iudicandæ reſtitutionis. Id enim eſt quod Vlpianus ſcribit in *dict. l. in cauſſa* 13. *§. interdũ. De minor. Interdũ reſtitutio & in rem datur minori*, hoc eſt, non tantùm in perſonam eius qui cum minore contraxit, ſed etiam

aduerſus rei poſſeſſorem, licèt cum eo non ſit contractum. Vt intelligamus
hoc etiam caſu dari nihilominus in perſonam quæ contraxit, non in rem ſo-
3 lùm: Sed & probauimus † ſpeciale ius illud eſſe in minore propter fauorem, &
priuilegium ætatis vt in rem aliquando petere poſſit reſtitutionem: Nec idē
recipiendum eſſe in maiore, non ſolùm ſi de immodica duntaxat læſione, ſed
nec ſi de dolo illius cum quo contraxit conqueratur, ex eáque cauſſa reſtitui
velit, quia dolus ex propoſito non afficit rem ſed perſonam duntaxat, & qui-
dem eius ſolius qui dolo malo quid admiſit, non etiam illius qui à doloſo cō-
parauit, quam in rem textus eſt apertiſſimus in *l. dolus 10. Cod. de reſcind. ven-
dit.* Quod ſi ita eſt, multò minus rem ipſam afficiet dolus qui nō ex propoſi-
to, ſed tantū in re ipſa interuenerit, de quo in *l. ſi quis cùm aliter 35. De verbo-
rum obligationibus*, quem etſi dolo ex propoſito noſtri comparant, nec ſatis
rectè, vt alibi tractauimus, non eſt tamen ex interpretibus aut pragmaticis
qui meliorem faciat condicionem eius qui dolum in re ipſa paſſus eſt, quàm
eius qui ex propoſito deceptus fuit. Quanquam nec dolum in re ipſa colli-
gunt ex ſola immodica, & vt vocant, enormi læſione, ſed ex ea tantùm quæ
ſit enormiſſima, id eſt, quomodo ij ipſi interpretantur, vltra beſſem. Quo ad-
miſſo dici ſanè minùs poteſt eum qui immodicè læſus fuit, & enormiter dū-
4 taxat nō enormiſſimè hoc ipſo habere rem affectā, vt eā per in integrū reſti-
tutionē perſequi poſſit aduerſus poſſeſſorē. Denique nec minori † ipſe ſemper
indulgemus reſtitutionē in integrū, etiā cōtra poſſeſſorē, ſed interdū, vt Vl-
pianus loquitur in *dict. § interdum*, id eſt, vt nos ex eodē Vlpiano, Pomponio
& Paulo explicauimus, ita demùm ſi is cum quo minor contraxit, non ſit ſol-
uendo, nec aliter fieri poſsit vt minor indemnis ſeruetur, quàm ſi actio ei de-
tur contra tertium licèt bonæ fidei poſſeſſorem, quamuis indēnitas minori
præſtita ab eo qui cū minore contraxit, aut ab eius herede non faciat quo-
minùs minor re ſua carere cogatur. Sufficit enim vt rem ſuam non perdat, id
eſt, vt pro re ipſa habeat litis æſtimationem, hoc eſt, quāti ſua intereſt, in quo
ipſum quoque precium rei continetur *l. 1. D. de act. empt. l. in interdicto 6. D.
vnde vi.* Niſi ipſius omnimodo interſit vt rem ipſam præciſe habeat, nec ea
5 careat, vt in ſpecie *l. ſi emptionem 35. D. de minor.* Alioqui † ſi quod Vlpianus ait
in *d. § interdum ne rem ſuam perdat, vel re ſua careat*, ſic intelligeres quomodo
pragmatici intelligunt, vt toties reſtitutio in rem danda ſit minori, quoties
aliter futurum eſt vt re ſua careat, inepta eſſet diſtinctio illa in qua tamen Vl-
pianus ipſe cæterique prudentes tantopere ſibi placent, an is qui cùm mino-
re contraxit, eiúſue heres ſoluendo ſit, néene. Quantumuis enim ſoluendo ſit,
tamen facere id non poteſt vt re ſua carere non cogatur ſi non liceat ei agere
contra tertium poſſeſſorem qui rem ipſam habet, quemadmodum ex con-
trario ſi permittas ei agere contra poſſeſſorem vt ei rem ipſam auferat, fru-
ſtrà quæras an prior emptor ſoluendo ſit néene, cùm etiamſi maximè ſol-
uendo eſſet, nihil tamen deberet minori qui iam rem ſuā eſſet à poſſeſſore cō-
ſecutus. Et tamen apertiſſima ſunt Vlpiani & Pauli verba quandiu is qui à
minore rem accepit, aut heres eius idoneus ſit, nihil noui conſtituendum eſſe
in eum qui rem bona fide emerit, id eſt, auferri ei rem non debere. Parum i-
gitur curandum eſt an futurum ſit vt minor re ſua careat, dūmodo rem ſuam
nō perdat, quam certè non perdit, quoties pro re accepit reſtitutionis be-
neficio litis æſtimationem, licèt re ipſa careat, quia eam nec habet, nec habe-
re poteſt, poſtquàm deſiit ipſius intereſſe. Ita autem conſtituto circa mino-
rem

rem iure, quis non videt in eo qui maior ſit eſſe omnia diſſimilia, aliúdque
iuris omnino conſtitui oportere? Maximè verò ſi non niſi ex cauſſa inmodi
cæ læſionis reſtitutio petatur. Nam qui ſe in†precio læſum conqueritur, nec 6
ſe enormiſsimè læſum allegat, vt ex pragmaticorum ſententia contra pragma
ticos diſputem, ſed enormiter duntaxat, non id agit vt rem ſuam præcisè ha-
beat, ſed tantùm vt indemnis ſeruetur: Quandoquidem cogitur electionem
dare emptori, vt vel rem ipſam reſtituat recepto precio quod dedit, vel iu-
ſtum precium ſuppleat *l. 2. Cod. de reſcind. vendit.* Itaque ſi iuſtum ei precium
ſuppleatur, deſinit habere actionem. Cur ergo† permittatur ei vt agat contra 7
tertium poſſeſſorem eo ſaltem caſu quo is ipſe qui contraxit, eiúſve heres i-
doneus ſit & ſoluendo? Is enim vtique iuſtum precium ſuppleturus eſt, cùm
rem ipſam quam non habet reſtituere nullomodo poſsit. Quinimò cùm per
eum factum ſit ne rem ipſam poſsit reſtituere, quam vltro alienauit, non ab-
ſurdè quis dixerit poſſe eum vrgeri præcisè vt iuſtum precium ſuppleat. Fru-
ſtra ſiquidem electio detur ei qui eligendi facultatem non habeat. Niſi quis
dicat, poſſe fieri vt electionis commodum ei ſaluum eſſe debeat, ſi fortè mi-
nore precio ab eo ipſo cui vendidit redimere rem poſsit. Sed quanquam ea
ratio facere poteſt vt ſi rem ipſam præſtare velit quam ſic redemerit, debeat
audiri, eſt tamen id alienius & inexpectatius, quàm vt dicendus ſit petitor ma-
lè egiſſe qui contra eum egerit ad iuſti precij ſuppletionem præcisè, nulla
illi relicta electione. Proinde quidni ſecurus erit emptor poſterior quandiu
à priore eiúſve herede indemnis ſeruari actor poteſt, eíque iuſtum precium
ſuppleri? Quod ego non illo tantùm caſu admittendum arbitror, quo tertius
poſſeſſor bonam fidem habere proponatur, propter iuſtam ignorātiam pre-
cij in priore venditione conuenti, ſed illo etiam quo proponas ſecundum
hunc † emptorem ſciuiſſe quę inter priores contrahentes geſta ſunt, & quàm 8
vili precio res primùm venierit. Ea namque ſcientia non impedit quominus
is qui acquirit à priore emptore, poſsit credere ſe tutò emere, dummodò ſciat
eum à quo acquirit, ſupplendo iuſto precio imparem non eſſe, cùm nihil
aliud ſit quod reſtitutionis poteſtate extorqueri poſsit ab inuito emptore
qui rem ipſam à ſe iam alienatam reddere ampliùs non poteſt. In eóque ſa-
nè æquum eſt meliorem eſſe condicionem minoris vigintiquinque annis
quàm maioris, vt ætatis fauor & priuilegium reſtitutioni patrocinetur. Plus
dico, etiamſi prior † emptor ſoluendo non ſit, nihil tamen aduerſus poſte- 9
riorem conſtitui debere, nec ſi ea quæ inter venditorem & priorem empto-
rem geſta ſunt non ignorauit: ſicut euenire iā diximus in ea reſtitutione quæ
petitur ex capite doli, nempe quia reſtitutiones iſtæ† non conceduntur fa- 10
uore actoris, quomodo fauore ætatis conceditur illa quæ minori datur, ſed
odio eius qui conuenitur, hæc odio doli & doloſi, illa odio læſionis, & conſe-
quenter eius qui venditorem læſit, nemo autem dixerit odium eius qui a-
lium vel decepit dolo malo, vel citra dolum læſit, ei nocere oportere qui
neque deceperit, neque læſerit, cùm fieri facilè poſsit vt poſterior is emptor
deceptus ſit à priore, ac multò pluris emerit, non modò quàm prior emptor
comparaſſet, ſed etiam quàm quanti rē vera res fuit. Sola reſtitutio† quæ ma- 11
ioribus competit ex capite edicti *De eo quod met. cauſſ.* alio iure vtitur.
Datur enim contra quemlibet poſſeſſorem etiamſi is metum non intulerit,
ideóque dicitur in rem ſcripta eſſe. An quòd odioſior ſit vis quàm dolus? Mi-
nimè. Neque enim poteſt odium vis priuatæ aut publicæ tantùm eſſe vt

damno afficere debeat eum qui neque vim, neque metum intulit, ſed quia cùm metus in eo ſit qui alienat, & vim patitur, dolus autē in eo qui acquirit dolo malo, minùs videtur alienationi conſentire is qui vi & metu, quàm qui deceptus alienat, ideóque dicitur rem in bonis ſuis retinere, habétque vtilem ſi velit vendicationem, *l. metum 9. §. volenti. & §. licet de eo quod met. cauſ. l. 3. C. eod.* maioréque fauore dignus eſt contra quemcunque poſſeſſorem, quia non dicit aduerſarium aliquid feciſſe, ſed ſeipſum vim & metum paſſū eſſe, quæ ſola huius reſtitutionis cauſſa eſt, nec minùs vera & æqua ſi contra eū agatur qui metū non intulit, quàm ſi ille ipſe intuliſſet. Vnū eſt quod pro tuendo pragmaticorū errore vrgere maximè videtur, quódque ſemper in ore habent, Alienationē ſcilicet fieri non poſſe niſi cum ſua cauſſa, *l. alienatio 67. D. de cōtr. empt.* Ex eo namque inferunt, rem alienatam quę penes primum emptorē fuit in ea cauſſa, vt per in integrū reſtitutionē redhiberi quādocunque poſſet, non potuiſſe in ſecundū emptorem alienari, niſi eadē lege & condicione vt reſtitutionis periculo maneret obnoxia. Sed reſpondendum eſt quod illi non in-
12 tellexerunt, regulam illam † quæ habet alienationem, fieri cū ſua cauſſa, de ea demum cauſſa accipi debere, quæ rem ipſam afficiat, vt puta, ſi res fuit obligata, aut legata ſub conditione ante alienationem, aut ea lege vendita vt retrouenderetur. Omnes enim pactiones quæ fiunt in traditione rei quæ alienatur, rē ipſam afficiunt, & conſequenter obligant poſſeſſorē, cùm non aliter fuerit primus alienator rē ſuā alienaturus *l. ſi cùm venderet. 13. D. de pign. act. l. venditor. 13. D. commun. præd.* Cæterùm ſi quis exiſtimet rem alienatā nō poſſe meliore conditione eſſe apud emptorem, quàm futura eſſet penes venditorem, is proculdubio errauerit. Alioqui dicēdum erit, ſi debitor chirographarius iam condemnatus aliquid ex bonis ſuis vendiderit, priuſquàm in executione iudicati pignora caperentur, permittendum eſſe victori vt eam rem pignoris iuris capiat, quoniam alienationis tempore in ea cauſſa res illa fuit vt pignoris iure capi poſſet ſi in debitoris dominio manſiſſet: Et tamen dici hoc
13 non poteſt, quia certum eſt debitoris † chirographarij bona non eſſe creditori obligata, ne quidem poſt condemnationem, priuſquàm iudicati executio per pignorum capionem facta ſit, nec ſi ea alienatio in fraudem facta proponatur, quo caſu reuocatoriā neceſſariò agendum eſt, priuſquàm ea res pignori capi poſſit, quaſi in bonis adhuc manſerit debitoris. Addunt pragmatici reſoluto
14 iure datoris, † reſolui ius acceptoris ex *l. lex vectigali. D. de pign.* Sed intelligi id debet de reſolutione quæ fiat ipſo iure, aut conuentionis poteſtate, non extraordinario auxilio reſtitutionis ex ſola æquitate contra ſtricti iuris rationē.

ERROR QVARTVS.

Si is qui à minore emit, aut à maiore læſo vltra dimidiā iuſti pretij petente reſtitutionem, abſens ſit, aut contumax, aut ſine herede deceſſerit.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia pragmaticorum erronea, ſi is qui à minore emit aut à maiore læſo vltra dimidiam iuſti pretij petente reſtitutionem abſens ſit aut contumax, aut ſine herede deceſſerit, aduerſus tertium poſſeſſorem dandum eſt auxilium reſtitutionis.*

2 Ex

2 Ex ſola primi emptoris abſentia contra poſteriorem non ideò eſt concedenda reſtitutio: quòd curator bonis abſentis dari queat.

3 An contumacia primi emptoris ſufficiat ad concedendam reſtitutionem contra ſecundum?

4 Sententia per contumaciam contra autorem abſentem reddita non nocet ſucceſſori.

5 Priore emptore exiſtente idoneo & ſoluendo, eius abſentia aut contumacia non debet efficere, vt permittatur actori tertium poſſeſſorem inquietare.

6 Quo caſu ſubſidiaria reſtitutio contra poſſeſſorem danda ſit.

7 Non cogitur actor priorem emptorem ad peram vſque & ſacculum excutere.

8 Si prior emptor ſine herede deceſſerit, hereditati iacenti dandum non eſſe curatorem, vt volunt pragmatici.

QVI inter pragmaticos videri volunt ſubtiliores, fatentur qui-
dem neque minorem, † neque eũ qui ex cauſſa immodicę lę- 1
ſionis reſtitutionem petit contra tertiũ poſſeſſorem, priùs au-
diendum eſſe, quàm egerit cõtra priorem emptorem, cũ quo
cõtractum eſt; ſed ſi prior ille emptor aut abſens ſit, aut cõtu-
max, putãt poſſe id ſufficere actori vt etiam aduerſus poſte-
riorem emptorem paratum habeat auxilium reſtitutionis, quaſi ſatis excuſſo
eo qui abſens aut contumax probetur. Non enim ſimilem eſſe excuſſionem
hanc ei quæ ſit à pignoratitio creditore contra tertium poſſeſſorem hypothe-
cariam exercente, quam iidem pragmatici volunt ad peram vſque & ſacculum
ſieri oportere: Propterea quòd, inquiunt, hæc quæ facienda eſt in cauſſa reſti-
tutionis non aliam rationem habeat, quàm vti ne de reſtitutionis
iure & æquitate diſceptare cogatur is qui neque contraxit, neque tra-
ctatus initi rationes vllomodo perſpectas habet: nihil autem imputari poſſit
ei qui per abſentiam aut contumaciam prioris emptoris cogitur agere rectà
contra poſſeſſorem. Quæ ſententia non plura verba continet, quàm errata. Nã
cùm abſens eſt à prouincia † is qui cõtraxit, nihil vetat dari curatorem abſen- 2
tis bonis, qui curator perſonam abſentis repræſentet, actionémque in
integrum reſtitutionis excipiat, & ex inſtrumẽtis fortaſſe quæ in bonis repe-
riet, agentis intentionem excludat. Proinde nihil cauſſæ eſt cur ex ſola primi
emptoris abſentia reſtitutionem contra poſteriorem tam facilè dari opor- 3
teat. Quòd ſi primus † emptor ſit quidem in prouincia, ſed contumax, qui ritè
ac legitimè ad iudicẽ euocatus adeſſe nolit, fateor poſſe contra eũ ſequi con-
demnationem, & perinde reſciudi contractũ acſi de reſtitutionis æquitate
inter præſentes diſceptatũ fuiſſet, quoniã qui verè contumax eſt, hoc ipſo ha-
betur pro confeſſo, &, quod eſt cõſequens, pro condẽnato. Sed nego cõtuma-
ciam illam vſque adeò nocere debere poſſeſſori, vt non ſaluas habeat etiam
autoris ſui defenſiones, ſi eas proponere & allegare volet. Ferè enim perpetuũ
eſt, vt ſententia † per contumaciam aduerſus autorem abſentem reddita, non 4
noceat ſucceſſori, cui noceret ſi contra præſentem reddita proponeretur.
Sufficeret namque redditam colluſionem cum legitimo contradictore, qualis
vtique ille non eſt qui non contradixit, ſed fuit contumax vt haberetur 5
pro confeſſo. Sed quod præcipuum eſt, ſiue prior † emptor abſens, ſiue contu-
max fuit, nihilomagis exiſtimo permittendum actori, vt tertium poſſeſſorem,
qui bonæ fidei ſit, inquietet, ſi non vltrò ille ſe offerat ſuſcipiendæ liti reſtitu-
toriæ dummodò prior ille emptor qui abſens aut cõtumax eſt, ſit etiam ido-
neus & ſoluendo. Nam qui abſens eſt, nec defenditur nõ aliam pœnam pati
ſolet, quàm vt in poſſeſſionem bonorum eius actor mittatur, cuſtodiæ pri-

Digitized by Google

mùm, deinde venditionis cauſſa. Contumax verò, licèt habeatur pro confeſſo, perindéque ac confeſſus condemnari poſſit & debeat, non tamen hoc ipſo habetur pro inope & egeno. Atqui diximus & probauimus in ſuperioribus, quandiu prior emptor ſoluendo eſt, nihil aduerſus poſteriorem conſtituendum eſſe, nequidē fauore minoris, ſi poſſeſſor in bona fide ſit, ex Vlpiano & Paulo in *l. in cauſſa 13. §. interdum. & l. seq. D. de mi*. Fauore autem maioris multò minùs, ſiue aduerſarij dolo deceptus ſit, ſiue contra dolū læſus vltra dimidiam iuſti pretij, cùm nec diſtinctio illa bonæ & malæ fidei poſſeſſoris neceſſaria ſit, cùm agitur de reſtitutione maioris, dummodò prioris emptoris dolum aut tractatum poſterior non participauerit. Non ergo ſufficere poteſt ad inquietandum poſſeſſorem, quòd prior emptor qui abſens, vel contumax eſt, pro excuſſo habeatur, quòd ad perſonam attinet, niſi etiam bona eius excutiantur, probentúrque idonea non eſſe ad præſtandam actori indemnitatē. Illud ſanè non inficior, eo caſu, quo actori permittendum eſt vt etiam
6 contra poſſeſſorem petat ſubſidiariam reſtitutionē, id eſt, ſi † ex cauſſa minoris ætatis reſtitutio poſtuletur nec prior emptor ſit ſoluendo (alium. n. caſum nullū agnoſco in quo ſubſidiaria reſtitutio cōtra poſſeſſorē danda ſit, cùm ſi dolū ille, aut tractatū prioris emptoris participauerit, aut ſi vis allta fuit, vel metus, æquè principaliter conueniri poſſit qui poſſidet, acſi contraxiſſet) non
7 eſſe cogendum actorem † vt priorem emptorem excutiat ad perā vſque & ſacculum, aut vt ex eius bonis, quantum fieri poterit ſaltē pro parte ſatisfaciat, quia nec creditor hypothecarius cogeretur, vt probauimus *Decade 5. error. 8.* Plus autem iuris habet minor petens reſtitutionē, quàm creditor, quia eius rei nomine agit quæ aliquando fuit ſua, imò petit rem quodammodo adhuc ſuā quādiu indemnis non præſtatur, ſed & cùm ita demū poſteriori emptori parcendū eſſe Vlpianus & Paulus velint, ſi prior ſit idoneus & ſoluēdo, apparet non poſſe idoneū aut ſoluendo videri eū qui pleniſſimā indēnitatem minori præſtare non poteſt. Et verò quomodo fieri poſſet vt minor qui ex bonis primi emptoris nonniſi partē indemnitatis cōſecutus eſſet, pro reliqua parte peteret reſtitutionē cōtra poſſeſſorem? Vtique enim actionē pro indēnitate habere non poſſet, vt quod indemnitati deeſſet, ſuppleretur; nec aliud eſſet quod per in integrum reſtitutionem petere poſſet præter rē ipſam: quam tamen ſi totam peteret, iam indemnitatis ſuæ partē conſecutus, annò malè ageret, & in plus quàm ſibi deberetur? Idq. probat optimè, ni fallor, quod Caius ſcribit in *l. ſed vbi 15. D. de minor.* eo caſu quo reſtitutio datur minori, contra poſſeſſorem dandum eſſe poſſeſſori regreſſum aduerſus ſuum autorem. Quid enim regreſſus prodeſſe poſſet ſi ad peram vſque & ſacculum autor ille per minorem iam excuſſus eſſet? Reſtat vt videamus quid dicendum ſit,
8 ſi primus emptor ſine herede deceſſerit. Pragmatici † enim exiſtimāt hoc caſu dandum eſſe curatorem hereditati tanquam iacenti, inter quem & minorem de iure & æquitate reſtitutionis contendatur, tum ad tertium bonæ fidei poſſeſſorem perueniatur. Quam ſententiam ne admittere poſſim, illud facit, quòd quoties quis ſine herede deceſſit, nulla hereditas eſt cui curator dari poſſit, fiúntque bona vacantia, & proinde fiſco deferenda, ſi ſint ſoluendo vt à nobis probatum eſt *Decade* 4. Contra fiſcum igitur eo caſu agendum erit ſi bona illa occupare volet. Cogitur enim fiſcus reſpondere creditoribus, & heredis vice actiones omnes excipere, quæ contra defunctum competierunt. Sin bona ſoluendo non ſint, quia tunc nec ad fiſcum pertinent, illud v-

num ſupereſt, vt in eorum poſſeſſionem actor mittatur tanquam in bona debitoris ſui qui nec defenditur, nec defendi ab vllo poteſt. Scilicet ſi is actor proponatur, qui contra poſteriorem emptorem nullam actionem habere debeat, ne tum quidem cùm prior ſoluendo non eſt. Nam ſi minor ſit cui propter lubricum ætatis faueri oporteat potiùs quàm tertio bonæ fidei poſſeſſori, eo nimirum caſu quo primus emptor non ſit idoneus, conſequens fit ſuperioribus, vt non ſit cogendus petere miſſionem in poſſeſſionem bonorum vacantium quæ ponimus ſoluendo non eſſe, ſed rectà & in rem ipſam petere poſſit reſtitutionem aduerſus poſſeſſorem.

ERROR QVINTVS.

Vbi cauſſam in integrum reſtitutionis agitari oporteat.

SVMMARIA.

1 Sententia l. 2. C. vbi & apud quem cogn. in integr. reſt. ag.

2 In perſonalibus actionibus actor forum rei ſequitur.

3 Ratio dubitandi d. l. & pragmaticorum de loco vbi cauſſam reſtitutionis in integrum agitari oportet, ſententia.

4 Iudicium reſciſſorium non eſſe principalius & dignius reſcindente aduerſus pragmaticos.

5 Reſtitutionem in integrum non eſſe agitandam in foro illius loci vbi ſita ſunt bona, ſed in illo potiùs vbi domicilium habet poſſeſſor qui conuenitur.

6 Refellitur ratio propter quam pragmatici cenſent cauſam reſtitutionis in foro illius loci vbi ſita ſunt bona agitandam eſſe.

7 Iudex requiſitus ſicut non poteſt cognoſcere de viribus aut iniquitate ſententia, ita nec recuſare poteſt petitam iudicati executionem.

8 Exceptio.

9 Quando celeritate coniungendarum inter ſe actionum vna occultetur.

RIDICVLA videri poſſet hæc tractatio, niſi eam pragmaticorum error faceret neceſſariam. Extat enim conſtitutio Diocletiani & Maximiani in *l. 2. c. vbi & apud quem cognit. in integr. reſtit. agit. ſit.* quæ † habet cauſſam in integrum reſtitutionis in eo loco agitandam eſſe in qua domicilium fouet is qui conuenitur. Idque conſequens eſt ei quod in ſuperioribus tam ſæpe inculcauimus, actionem reſtitutionis in integrum quia competit ad diſtractum, perinde perſonalem eſſe aduerſus eum qui contraxit, atque ſi ex contractu ipſo ad implenda promiſſa ageretur. Eſt enim id commune perſonalibus † omnibus actionibus, vt eas apud iudicem eius qui conuenitur proponi, actorémque forum rei ſequi oporteat *l. 2. C. de iuriſd. omn. iudic.* Sed dubitandi † cauſſa ex eo naſcitur, quòd pragmatici induxerunt vt reſcindentis, & reſciſſorij cumulatio fieri poſſit. Inde namque conſequi voluerunt, vt ſiue is ipſe qui contraxit, rem poſſideat quæ per in integrum reſtitutionem petitur, ſiue alius & tertius poſſeſſor ſit, non in eo loco agi oporteat in quo domicilium reus habet, quomodo agi oporteret ſi reſcindens ſolum tractaretur, ſed apud iudicem loci, in quo res ipſa ſita eſt, aut quia reſciſſorium iudicium principalius & dignius eſſe exiſtimant, ex quo ſcilicet effectus reſtitutionis ipſius pendeat, aut potiùs, quòd alioqui verendum plerumque eſſet, ne poſt impetratam, longáque lite obtentam reſtitutionẽ apud iudicem domicilij, nouam litem pro iudicati executione inſtitui oporteret in eo loco, in quo res ſita eſſet, præſertim ſi poneres ſitam eſſe in alieni Princi-

Digitized by Google

pis territorio, propter difficultates quę interuenire ſolent, cùm rei quæ à magiſtratu alterius ditionis iudicata fuit, executio petenda eſt apud iudicem qui ſub alio Principe iuri dicendo præeſt. Sed quis ferat tam apertè vim fieri legibus & rationi iuris? Nam, vt ea taceam nec repetam, quæ ſuprà tam fusè diſputauimus circa errorem hunc De reſcindentis & reſciſſorij cumulatione,
4 non poſſum videre qua ratione iudicium † reſciſſorium dici poſſit dignius & principalius, quàm reſcindens, cùm nonniſi ad reſcindentis executionem ſpectet, dignius autem, nec ſolùm principalius, ſed principale ſolũ illud ſit, quod propter ſe & principaliter exercetur, non autem quod poſteriore loco & in alterius executionem. Tritum enim eſt, iudicia executoria & conſequentia, nõ niſi præcedentium acceſſoria eſſe. Vnde illud etiam praxis admiſit, vt procurator qui prioris litis peragendæ mandatum accepit, nec nouo mandato indigeat in cauſſa executionis iudicati, nec quaſi officio functus recuſare poſſit, quominus in executionis inſtantia maneat procurator, nõ alia ratione, quàm quòd illud ipſum iudicium, quod priùs fuit, durare etiam poſt iudicatum videatur, quandiu iudicati executio ſecuta non eſt. Quid enim iudicatum prodeſſet, aut quæ vtilitas & autoritas eſſet iudicati, ſi executio nulla ſequeretur? Sed etſi admitterem, quod ſemper negabo, iudicium reſciſſorium aut principalius & dignius eſſe, aut æquè dignum & principale, non tamen conſequens
5 eſſet agitandam in integrum † reſtitutionem in foro illius loci vbi bona ſita eſſent, ſed in illo potius vbi domicilium haberet poſſeſſor qui conueniretur. Qui locus ſæpe alius eſt à loco in quo ſita ſunt bona quæ per in integrum reſtitutionem petuntur. Nec parum intereſt plerunque eius qui conuenitur, vt in loco potiùs domicilij cõueniatur quàm in quo ſita res eſt, ſiue ille ipſe qui contraxit, ſiue alius poſſideat, ſi fortè loca ſint longo diſſita regionum inter-
6 uallo. Quod autem pragmatici obiiciunt, † verendum eſſe ne de lite fiant lites, ſi non eo loco petatur reſtitutio, in quo bona ſunt conſtituta propter difficultates, quas executio iudicati afferre ſolet, maximè cùm alibi facienda executio eſt quàm vbi iudicatum fuit, vereor ego ne faciat parum cautè, qui non animaduertunt id quod ipſa etiã praxis docet, ſententiã quæ in vnius Principis territorio ritè ſollenniterq; lata ſit, in alterius quoq; Principis territorio executioni demãdari poſſe, dummodò implorata ſit autoritas magiſtratus qui
7 ei territorio præeſt. Vulgatũ.n. eſt iudicẽ † requiſitũ, ſicuti nõ poteſt cognoſcere de viribus ſentẽtiæ iudicis requirẽtis, multò minùs verò de iniquitate,
8 ita recuſare nõ poſſe petitã executionẽ iudicati, dũ ne euidẽter † nulla ſit ſentẽtia, puta quæ lata ſit à iudice euidẽter incõpetenti. Nam ſi Sabaudus à Pariſiẽſi perſonali actione laceſſitus cõtumax fuerit, & ex cõtumacia condemnatus ſit, non facilè permittet Senatus noſter requiſitus executionẽ Senatuſconſulti Pariſiẽſis, niſi audito eo quẽ prima ſpecie veriſimile eſt perperã & à non ſuo iudice condemnatum fuiſſe: vt alio loco ſcribemus. Sed ſi is qui apud Senatum Pariſienſem conueniri, & condemnari potuit, ibi conuentus & condẽnatus ſit, ſiue per contumaciã peracto ritè iudiciorum ordine, ſiue præſens, non dubitabit Senatus noſter iudicati executionẽ iubere, inaudito etiam eo qui iam ritè condẽnatus eſt *l. ſi prætor* 75. *D. de iudic.* Nulla ergo ratio eſt propter quã de reſtitutione in integrũ tractari oporteat in eo loco in quo bona ſita ſunt, omiſſo loco domicilij eius contra quem reſtitutio poſtulatur. Scio
9 contingere aliquando † vt celeritate coniungendarum inter ſe actionum vna occultetur, vt in *l. 3. §. penul. D. de donat. int. vir. & vxor. l. ſingularia* 15. *D. ſi certum*.

tum petatur. Sed id fit cùm inter eaſdem perſonas vtraque actio verſatur, nec cuiuſquam intereſt, nec iuris ordo & neceſſitas repugnat. Item cùm tractatur de conuentionibus & traditionibus exinde factis, non etiam cùm de ordine iudiciorum, cui certam formam à lege præſcribi præſcriptámq; ſeruari, non modò priuatorum, ſed etiam reipublicæ intereſt: Alioqui perinde poſſit quis concludere, ſemper incipiendum eſſe ab executione, non à citatione, quod tamen leges omnes negant. Iudicium porrò reſciſſorium, executio, vt dixi, quædam eſt iudicij reſcindentis.

ERROR VI.

De condemnatione fructuum in iudicio reſtitutionis in integrum.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia pragmaticorũ & interpretum erronea in iudicio reſtitutionis in integrum reſtituendi ſunt ij tantùm fructus qui aut percepti ſunt aut percipi potuerunt à die litis conteſtatæ.*

2 *Ratio dictæ ſententiæ primæ.*

3 *Secunda.*

4 *In oppoſitum autoris diſputatio.*

5 *In integrum reſtitutio quid.*

6 *Verbum* reſtituendi, *in ſententijs de in integrum reſtitutionibus pleniſſimam habet ſignificationem, vt fructus quoque contineantur.*

7 *In reſtitutione quæ fit ex cauſſa vis vel metus fructus omnes reſtitui debent.*

8 *Non poteſt abſolutè bonæ fidei poſſeſſor dici is qui rem poſſidet ex contractu per reſtitutionem reſcindibili.*

9 *Didacum Couarruu. in l. in cauſſa. 13. §. interdum. & l. ſeq. perperam malæ fidei poſſeſſorem accipere.*

10 *Appellatione reſtitutionis in integrum quid veniat.*

11 *Expenditur Didaci traditio, ſi iudex quem condemnauerit ad rem reſtituendam ſimpliciter, nec quicquam de fructibus adiecerit, non videri eum ad fructuũ reſtitutionẽ damnatum.*

12 *Sententia iudicis cur à pragmaticis ſtricti Iuris dicatur.*

13 *Promiſſa per ſtipulationem rei reſtitutione ſi de fructibus nihil adiectum ſit, an ij in ſtipulationem veniant.*

14 *Refellitur ratio pragmaticorũ ſuprà propoſita nu. 3.*

15 *Perpenditur locus Iuris Canonici ex quo probant nonnulli reſtitutionem in integrum etiam minori competentem ſine fructibus faciendam eſſe.*

PVGNANDVM hîc nobis erit non modò cum pragmaticis, ſed etiã cum interpretibus pleriſque, præſertim ex recentioribus, qui & iuris & æquitatis meliores magiſtri exiſtimãtur. Sed nõ eſt quòd valdè aut hos, aut illos curemus, ſi pro nobis pugnabit autoritas prudentum. Frequentiſſima ferè omnium interpretũ vox eſt, & in tribunalibus omnibus receptiſſima, Ei qui in cauſſa reſtitutionis † in integrũ obtinuerit aduerſus poſſeſſorem, ſiue actor minor 1
fuit annis vigintiquinque, ſiue maior, itémque ſiue poſſeſſor ſit ille ipſe qui cõtraxit, ſiue alius, reſtituendos eſſe fructus illos duntaxat qui percepti ſunt, aut percipi potuerunt à die litis conteſtatæ, totius autem præcedentis temporis litigationem nullam haberi oportere. Cuius ſententię, † quæ tot tantóſque 2
aſſertores habet, vnica illa ratio affertur, quòd licèt ab initio, id eſt, à quo tẽpore contractum eſt, contractus in eo fuerit, vt per in integrum reſtitutionem potuerit reſcindi, quandiu tamen reſciſſus non fuit, aut ſaltem lis cõteſtata ſuper implorata reſciſſione, non poſſit dici malę fidei poſſeſſor is fuiſſe, qui nõ ſolùm poſſedit cum titulo & bona fide, ſed etiam iuſtam habuit cauſſam ignorandi an actor reſtitutionem aliquando petiturus & obtenturus eſſet, necne, ſiue propter incertũ reſtitutionis, quomodo Papinianus loquitur in *l. ſi Titius 48. de fideiuſſ.* dubiúmq; exitũ iudiciorũ, ſiue quòd plerũque ac-

Digitized by Google

cidat,vt ij etiã,qui ſi vellẽt,reſtitui poſſent,nolint tamen,ſecúmq; pręclariùs
agi exiſtimẽt ex alia quapiam cauſſa,quàm ſi.reſtitutionem implorarẽt.Hoc
autem admiſſo, quòd bonæ fidei poſſeſſor fuerit is contra quem reſtitutio
tandem poſtulata eſt,illud ſtatim cõſequens fieri aiunt,vt fructus omnes lu-
cretur quoſquos & quotquot percepit ante litem conteſtatam. Bonæ ſiqui-
dem fidei poſſeſſor fructus ſuos facit non tantùm induſtriales, ſed etiam na-
turales,denique omnes,vt Paulus loquitur in *l.bonæ fidei* 48.*de acquir.rer.do-*
3 *min.*Addi etiam poteſt, † reſtitutionem in integrum nõ dari niſi iis caſibus,
in quibus ipſo iure contractus tenet, neque enim fieri poteſt vt contractus,
qui ipſo iure non tenet,reſcindatur:*l.ſi curatorẽ habens* 3. *C.de in integr. reſt.*
*minor.l.*2.*C.de præd.minor.*Contractu autem ſubſiſtente, apparet bonæ fidei
poſſeſſorẽ non poſſe non eſſe eum qui titulum habeat,& ex titulo bonã fidẽ.
4 At videamus primùm,†ne ipſum nomen in integrũ reſtitutionis hanc ſen-
5 tentiam impugnet manifeſtiſſimè. Quid enim aliud ſonat,niſi † actionẽ ex-
traordinariam, quæ ex beneficio & ex edicto prætoris ad id cõpetit,vt vnuſ-
quiſque integrum ius ſuum recipiat, in eundémque ſtatim res reducatur in
quo erat prius quàm contractum fuiſſet? *l.quòd ſi minor.*24.*§.reſtitutio D.de*
*minor.l.vnic.C.de reput.*quæ fiunt in *iudic.in integ.reſtit.*Atqui ſi contractus à
minore initus qui nunc per reſtitutionem reſcinditur,nõ interueniſſet,pro-
culdubio minor fructus rei ſuæ percepiſſet, emptor autem pretiũ à ſe datum
eiúſque legitimas vſuras nunc haberet. Ergo fatendum eſt ſic reſtitutionem
fieri debere vt minori res ſua reſtituatur cũ fructibus omnibus;emptori au-
tem viciſſim pretium quod dedit,cum legitimis vſuris reddatur,*l.patri pro fi-*
lio 27.*§.ſi pecunia.l.minor annis* 40.*§.prædia* D.*de mino.*quibus locis hoc ipſũ
tam apertè diſertéque expreſſum eſt,vt non potuerit apertiùs. Sed & ipſum
6 *reſtituendi* verbum,†quo in ſententiis D*e in integrum reſtitutionibus* neceſſa-
riò vtendum eſt,habet pleniſſimam ſignificationem vt fructus quoque con-
tineãtur,& reſtituãtur *l.videamus* 38.*§.in Fauiana.cum ſeqq.* D.*de vſur.l.vlt.*
in fi.D.de verb.ſignif.l.in condemnatione 173.*§.cùm & verbũ.de regul.iur.*& in
7 reſtitutione † quæ fit ex cauſſa vis vel metus,hoc quoq; quod dicimus, fru-
ctus omnes omnémq; cauſſam ſine vlla tẽporis diſtinctione reſtitui debere,
Vlpianus ſcribit in *l.ſed & partus* 12. D.*quod met.cauſſ.* itémque Paulus in *d.*
8 *l.videamus §.item ſi vi.de vſur.*Et verò non poſſe bonæ †fidei poſſeſſorẽ ab-
ſolutè dici eũ qui rẽ poſſidet ex contractu per reſtitutionẽ reſcindibili,appa-
ret,ſatis ex eo quod Vlpianus in *l.in cauſa* 13.*§.vlt.*D *de minor.*& Paulus in *l.*
*ſeq.*malæ fidei poſſeſſorem appellãt illum etiam qui emit ab eo cõtra quem
minor potuit reſtitui,ſi modò ea quę inter minorem & priorem emptorem
geſta ſunt,nõ ignorauit. Quanto igitur magis pro malæ fidei poſſeſſore ha-
bendum putauerunt eum qui ipſe ſic contraxit, vt ſciuerit aut ſcire debuerit
futurum ſe reſtitutionis periculo obnoxium?Quid enim aliud eſt ſcire quòd
reſtitutioni locus eſſe poſſit,quàm pręuidere futurum vt ſi quandoq; reſtitu-
tio impetrabitur, fructus omnes cũ re ipſa reſtitui oporteat?Qui verò eo ani-
mi ſenſu,aut potiùs eo metu fructus percepit,etiã ante litem conteſtatã, po-
téſtne abſolutè videri bona fide rẽ poſſediſſe fructúſq; ex ea percepiſſe?Non
magis vtiq; quàm vt bona fide percepti dicãtur ij,quos poſt litẽ cõteſtatam
perceperit is qui in illũ vſque diẽ bonæ fidei poſſeſſor fuit. Quid enim facit
cõteſtatio ante allatas probationes, niſi vt poſſeſſor ex eo die intelligat fieri
poſſe vt ad fructuũ exinde percipiendorũ reſtitutionem aliquando teneatur?

l.ſed

l.ſed etſi.l.25 §.ſi ante petit.D. de pet.hered. Nec probare † poſſum quod *Dida-* 9
cus Couarr. reſpondet, ſine lege & ſine ratione, Iureconſultos his locis malę fi-
dei poſſeſſorem dicere, non illum duntaxat qui minorem in cōtrahendo læ-
ſit, ſed eum quoque qui ab emptore iſto comparauit, ſi ſciuit rem ita geſtam
eſſe, non quod ad fructus attinet, ſed quod ad hunc tantùm effectum, vt ad-
uerſus eum & in rem ipſam reſtitutio dari poſſit. Quis enim credat fieri poſſe
vt quis malæ fidei poſſeſſor ſit quod ad rē ipſam tantóque odio dignus vt cō-
tra vulgares iuris regulas reſtitutionis periculum excipere cogatur, quod au-
tem ad fructus attinet, bonæ fidei poſſeſſor fuiſſe exiſtimetur? Annon ea ipſa
fide fructus ex fundo percipiuntur, qua fundus ipſe poſſidetur? Dicere potiùs
debuit vir ſanè alioquin pereruditus, & de iure noſtro optimè meritus, dete-
riorem eſſe poſſe cōditionem poſſeſſoris, quod ad fructus ſpectat, quàm quod
ad rem ipſam, hactenus vt quamuis bonæ fidei poſſeſſor fuerit, putà ſi igno-
rauit ea quæ inter minorem & priorem emptorem geſta ſunt, fructus tamen
reſtituere cogatur, eo caſu quo nil obſtante bona fide, reſtitutio etiam aduer-
ſus eum impetrari poſſit, quod contingit ſi primus emptor non ſit idoneus
& ſoluendo. *d.l.in cauſſa.in fi.& l. ſeq.* Nimirum quia licèt non eo minùs bo-
næ fidei poſſeſſor ſit & maneat, quòd ille à quo emit præſtare minori indem-
nitatem nequeat, fauor tamen minoris, qui efficit, vt perinde contra poſſeſſo-
rem reſtitui debeat ne in damno moretur, ac ſi mala fides interueniſſet, idem
efficit vt eam reſtitutionem plenam eſſe oporteat, & integram, cuiuſmodi ſa-
nè non eſſet ſi fructus quoque non contineret. Nec enim cùm in integrum
reſtitutionem † dicimus, rei duntaxat reſtitutionem intelligimus, quanquam 10
hoc ſolum ſufficeret vt intelligeremus etiam fructus reſtitui oportere, ſed re-
ſtitutionem ſignificamus perſonarum quæ contraxerunt, & quidem in inte-
grum, ne dubitare quiſquam poſſit quin iure & poteſtate reſtitutionis omnia
in priſtinum ſtatum reponantur, in quo erant priuſquàm contraheretur, & in
quo eſſent hodie ſi contractum non fuiſſet, *l.2.§.antepen. D.ne quid in loc.pu-
bli.* & elegantiùs *in l.1.C.de ſentent.paſſ.& reſtit.* Ex quo etiam reſponderi po-
teſt ad id quod *Didacus* obiicit, ſi iudex † quem condemnauerit ad rem reſti- 11
tuendam ſimpliciter, nec quicquam de fructibus adiecerit, nòn videri eum ad
fructuum reſtitutionem cōdemnatum. Nam præter id quod mihi ea traditio
ſuſpectiſſima eſt propter eas leges, quibus probauimus *reſtituendi* verbū ple-
niſſimam habere ſignificationem, vt etiam fructus complectatur, dico poſſe
intereſſe an in lege, aut quod hac parte idem eſt, in edicto prętoris verbū hoc
reſtituendi inueniatur, an in ſententia iudicis. Priore caſu etſi nōn ſpecialiter
de fructibus additum eſt, tamen etiam fructus ſunt reſtituendi, vt apertè Pau-
lus ait in *d.l.in condemnatione 173.§.1.* Pleniſſimam enim lex, itémque edictum
Prætoris recipit interpretationem à iure, quoniam alioquin neque lex mor-
tua ſeipſam interpretari poteſt, neque edictum. Sententia autem iudicis ſtri-
ctiùs accipitur, quia ſi quid obſcuri aut ambigui in ea eſt, id iudex interpreta-
ri cōmodè poteſt, etiā poſtquā per pronunciationē officio functus fuit, eáque
non noua ſententia, ſed tantùm ſententiæ declaratio eſt. Propter quā cauſſam
dicitur à pragmaticis † ſententiā eſſe ſtricti iuris, exēplo ſtipulationis, vt quic- 12
quid in ſentētia & ſtipulatione non palā expreſſum eſt, pro omiſſo habere o-
porteat, *l.quicquid adſtringendi 98.de verb.oblig.* Cōſtat autē ſi quis in ſtipula-
tione † promiſerit rē reſtituere, nec adiecerit de fructibus, fructus in ſtipula- 13
tionē nullos venire *l.hæc verba 23.de verb.ſignif.* vbi Vlpian. ſcribit hæc verba

in ſtipulatione poſita, *Eam rem rectè reſtitui*, fructus quidem cõtinere, ſed non propter verbum *reſtitui*, at propter adiectam dictionem *rectè*, quę, inquit, pro viri boni arbitrio eſt. Qui tamen locus præ ſe fert potiùs, ni fallor, aliud in ſententia iudicis quàm in ſtipulatione reſponderi debere. Cùm enim iudex nihil diſtet à viro bono, niſi quòd viri boni arbitrio fungendi, nõ modò ius & autoritatem habet, ſed etiam neceſſitatem, quidni credẽdus eſt iuſſiſſe rem rectè & viri boni arbitrio reſtitui, licèt verbum illud *rectè* non adiecerit? Id eſt cur non ex viri boni arbitrio boni iudicis ſententiam interpretemur? ſiquidem ponimus eam exerceri actionem ex qua fructuum quoque condemnatio fieri potuerit & debuerit, vt non niſi per imperitiam, aut incuriam, aut dolum iudicis ea fructuum mentio prætermiſſa videatur. Alioqui eſſet ſanè abſurda dubitatio. An *reſtituendi* verbo fructus continerẽtur in ſententia iudicis, eo caſu quo nonniſi iniquè fructuum condemnatio fieri potuiſſet. Illa
14 autem alia ratio † pragmaticorum, quòd quandiu reſtitutio aduerſus contractum petita non eſt, contractus teneat, nihil ad rem pertinet. Parum enim refert quod ad bonam fidem fructúſque percipiendos ſpectat, an contractus nõ teneat, an ita teneat, vt ſcias poſſe aliquando reſcindi, & ita reſcindi vt omnia
15 in integrum reſtitui oporteat. Vnus tantùm locus eſt, iſque pontificij † iuris, non ciuilis, ex quo probari poſſit reſtitutionem in integrum etiam minori competentem ſine fructibus faciendam eſſe. Is eſt in *cap. conſtitutus. De in integr. reſtit. in* 6. vbi hoc ipſum ſic conſtitutum eſt in reſtitutione, quam eccleſia impetrat cùm læſa eſt exemplo minoris. Sed vt alias ad eum locum reſpõſiones & interpretationes prætermittamus, reſpondendum eſt, non eſſe rectã in omnibus eccleſiæ, & minoris comparationem, ne tum quidem cùm agitur de in integrum reſtitutione. Comparatio recta eſt, quod ad rem quæ alienata eſt, auocandam: ſed quod ad fructus, non item. Et differẽtiæ ratio eſt, quia ius percipiendorum fructuum non ſpectat ad eccleſiam, ſed ad prælatum, qui ſcilicet ratione fructuum domini loco habetur, aut ſaltem vſufructuarij iure cenſetur, nec fauore vllo dignus eſt vt comparari debeat minori, præſertim cùm vix ſit vt eiuſmodi reſtitutio accõmodetur prælato ipſi qui alienauit, ſed tantùm ſucceſſori, quia nec præſcriptionis tempora currunt contra eccleſiam quandiu viuit prælatus qui malè alienauit. Succeſſor autem in beneficio nullum ius habet petendorum fructuum, qui, ſi alienatio nulla facta eſſet, non ad hunc ſucceſſorem qui petit reſtitutionem, ſed ad prædeceſſorẽ pertinuiſſent. Denique prælatus, qui reſtituitur, non ſuo, ſed eccleſiæ nomine reſtituitur, vt rem eccleſiaſticam malè alienatam ad eccleſiæ patrimonium reuocet: fructus autem non eccleſiæ, ſed ſuo nomine peteret, ſi petendi ius haberet. Non autẽ ſicut eccleſia ipſa, ita & prælatus minori comparatur in cauſſa petendæ reſtitutionis. Idque à Didaco & aliis Pontificij iuris interpretibus obſeruatum non fuiſſe mirandum eſt.

ERROR SEPTIMVS.

De fructibus ei adiudicandis, qui reſtituuntur ex cauſſa immodicæ læſionis.

SVMMARIA.

1 *Venditor læſus in pretio vltra dimidiam iuſti pretij ſi reſtituatur in integrum, non aliòs fructus reſtituere tenetur emptor, quàm quos percepit à die litis conteſtatæ. & n. 28.*

2 *Venditori læſo in pretio vltra dimidiam partem beneficium reſtitutionis non competit. nu. 3. & ſeqq. ad 25.*

3 *Auxiliũ reſtitutionis eſt extraordinariũ, ideóque tribui ei nõ debet qui cõmuni iure munitus eſt.*

4 *Venditori læſo vltra dimidium pretij competit.*

competit condictio ex Diocletiani & Maximiani constitutione l.2.Cod. de reſcind. vendit.

6 Non eſt iudicis dare in integrum reſtitutionem, ſed prætoris.

7 Actio quæ venditori datur ob immodicam læſionem non finitur quadriennio, vt ſolent reſtitutiones in integrum.

8 Beneficium l.2.C.de reſcind. vendit. non eò pertinet vt venditio reſcindatur; ſed vt ſubſiſtente vēditione res ad æquitatem reuocetur.

9 Sentētia l.maioribus. 3.C.comm.vtr.iudic.

10 Cur minoribus læſis in diuiſione ſuccurratur auxilio reſtitutionis in integrū. 11 Ante l.2.C.de reſc.vend.non potuit venditor læſus vltra dimidiū iuſti pretij agere contra emptorē ad reſcindēdā venditionē aut negotiū ad ſuā æquitatē reuocandum. 12 Lapſus Iacobi Cuiacij.

13 Cur Impp.in d.l.2.nouū ius induxerint.

14 Cùm in vēditione immodica læſio interuenit, reſcinditur quodāmodo vēditio ſi emptor iuſtum pretium ſupplere nolit. 15 Sententia l.ſi voluntate.8.C.de reſcind.vēdit. 16 Cōdictio ex l.2.C.de reſc. vend.in quid præcisè detur.

17 Cur nō poſſit dici abſolutè eā condictionē dari ad reſcindendā venditionem. 18 Contractus nullus agendo reſcinditur niſi per in integrū reſtitutionē. 19 Quæ ſentētia dicatur reſcindi.

20 Titulus Cod.de reſcind.vendit.quomodo concipiendus & intelligendus.

21 Quādo ex cauſſa immodicæ læſionis reſcindatur venditio per in integrum reſtitutionem.

22 Faciliùs minor reſtituitur in integrum aduerſus emptorem, quàm maior.

23 Si dolus in vēditione interuenerit, poteſt minor etiam citra reſtitutionem ſe defendere.

24 Si nec vis, nec dolus, nec mala fides interuenerit contractus nullatenus reſcindi poteſt.

26 Actio quæ datur venditori læſo vltra dimidium iuſti pretij non poteſt dari contra tertium poſſeſſorem.

27 Omnes cōdictiones ſunt in perſonā, nō in rē.

29 Error pragmaticorum.

QVAE dicimus de fructibus omnibus ex cauſſa reſtitutionis in
integrū petitori adiudicandis, aduerſus receptiſſimum errorem
pragmaticorum, noui erroris materiam & occaſionem præbere
poſſunt, ſi non cautio aliqua adhibeatur. Nam cùm venditor
læſus † eſt in pretio vltra dimidiam iuſti pretij, placet noſtris non modò 1
pragmaticis, ſed etiam interpretibus, reſtitutionem in integrum aduerſus
venditionem ex ea cauſſa dandam eſſe, & tamen fateor veriſſimū eſſe quod
iidem illi affirmant, non ad alios fructus reſtituendos condemnari emptorem debere, quàm quos à die litis conteſtatæ perceperit. In quo igitur errāt?
In eo nimirum quòd putant inducendum † hoc caſu beneficium reſtitutio- 2
nis, cùm tamen nō cōpetat, quia nec neceſſarium eſt. Nemo enim neſcit, auxiliū reſtitutionis † eſſe extraordinariū, & ideò tribui non debere ei qui com 3
muni auxilio & mero iure munitus eſt, *l.in cauſſæ.16. D.de minor.l.3. C.de in
integ.reſtit.minor.* Atqui vēditor † qui vltra dimidiā iuſti pretij læſus eſt, tutus 4
eſt iure cōmuni, id eſt condictione, ex Diocletiani & Maximiani cōſtitutione in *l.2.C.de reſcind.vend.* quę cùm ait, humanū eſſe, vt vel vēditor reſtituto
emptori pretio rē recipiat autoritate iudicis intercedēte †, vel quod iuſti pre 5
tij ſupplendi cauſa emptor offeret, accipiat; oſtendit ſatis non eſſe hoc † caſu
neceſſariam reſtitutionē, ſufficiente ob ęquitatem eámque conſtitutionē iu- 6
dicis autoritate. Nā neque iudicis † eſſet dare in integrū reſtitutionē, ſed prętoris. Et non eſſe hanc in integrū reſtitutionē ex eo manifeſtè apparet, quòd 7
actio † quę vēditori datur ob immodicā læſionem, nō finitur quadriennio, vt
cautū erat Nouella cōſtitutione Rom. ſenioris cap.1. (quod reſtitutionibus
omnibus excludēdis tēpus à Iuſtin. præſcriptū eſt in *l.vlt.C.de temp.in integ.
reſt.*) ſed ad trigeſimū vſque annū extēditur exemplo cęterarū omniū perſonaliū actionū ex *l.ſicut.& l.omnes C.de præſcr.30.vel 40.ann.* quia cōdictio eſt
ex lege, vt pragmatici omnes interpretéſque cōſentiunt. Apparet etiā ex eo,
quòd beneficiū † illius legis, non eò pertinet vt venditio reſcindatur, alioqui 8
precisè vrgendus eſſet emptor vt rem redderet quam adhuc haberet. Sed vt
ſubſiſtente venditione, quòd iniquè geſtum eſt ad ſuam æquitatem reuocetur, quod fit cùm electio emptori datur, an iuſtum pretium ſupplere malit &

rem retinere, an potius recepto pretio rem reſtituere, *l. ſi voluntate* 8. *in fin.* C. *eod. l.* 1. §. *ſi quis in fraudem D. ſi quid in fraud patron.* & apertius expreſſum eſt in Nouella Romani ſenioris, Non tamen ipſius iudicij æquitate ſola, vel a-
9 xilio reſtitutionis, ſed beneficio conſtitutionis: ſic † & in *l. maioribus* 3. *C. commun. vtriuſq; iudic.* iidē Impp. Diocletianus & Maximianus reſcripſerunt, Maioribus etiam per fraudem vel dolum, vel perperam ſine iudicio factis diuiſionibus ſubueniri ſolere. An per in integrum reſtitutionem? Minimè. Eſt enim ius illud proprium & ſingulare minorum, vt ſi in diuiſione læſi ſint, & cauſſa cognita reſtitui in integrum poſſint *l. pen. C. commun. diuid.* Sed æquitate iudicij & officio iudicis: quia vt lex ait, in bonæ fidei iudiciis quod inæqualiter factū eſſe cōſtiterit, in melius reformari oportet. Quæ ratio cùm ſit generalis ad omnia bonæ fidei iudicia pertinens, oſtēdit ſatis ordinario iure id fieri, & officio iudicis cauſſa cognita, vt ait *l.* 3. *C. quib. ex cauſ. maior.* non extraordinario auxilio reſtitutionis, licèt hac in re differat venditio à diuiſione cæteriſque bonæ fidei cōtractibus, vt dicemus *Decad. ſeq. err.* 1. & 6. Quod ſi
10 quis quærat: Cur ergo minoribus † hoc caſu ſubueniatur per in integrum reſtitutionem, cùm certi iuris ſit quod iam monuimus ceſſare extraordinariū remedium reſtitutionis, vbi ordinarium competit? Reſpondebo multū intereſſe an æquitatate iudicii, an per reſtitutionē minori ſuccurratur, quia priore caſu reuocatur res ad ſuam æquitatem, poſteriore verò reducitur in priſtinū ſtatum, id eſt, in quo res erat antequàm cōtraheretur. In eóque partim verſatur cauſſæ cognitio illa quam requirit *dicta l. pen. C. commun. diui.* Nam ſi perinde cōſuli poſſit minori eo modo quo maiori ſuccurreretur, hoc eſt, ſi nihil eius interſit, an in priſtinū ſtatū, an ad æquitatē duntaxat omnia reducantur, non erit reſtituendus. Finge nō in eo minorē læſum eſſe, quòd diuiſit cùm ei expediret manere potius in cōmunione, ſed in eo tantùm quòd inæqualiter facta diuiſio eſt, ſufficiet ei poteſtas iudicij cōmuni diuidundo, ſi eo iudicio agi poſſit propter nondū tranſlatū hinc inde dominiū rerū diuiſarū, vt nos docebimus *Error.* 1. *Dec. ſeq.* neq; locus erit reſtitutioni. Sed ſi tractādū ſit de reſcindenda diuiſione, quòd minori longè vtilius futurū erat ſi manſiſſet in cōmunione, neceſſaria erit reſtitutio, quia nunquā æquitas contractus poteſt inducere actionē ex contractu ad reſcindendū contractū, niſi ſi ea contrahentiū volūtas & cōuentio fuit, vt in ſpecie *l. ex empto* 11. §. *is qui vina. D. de actio.*
11 *empt.* Neque tamē † hęc ſic accipi velim, vt putem ante ſupradictam Imperatorū cōſtitutionē in *d. l.* 2. *C. de reſcind. vend.* potuiſſe venditorē qui vltra dimidiā iuſti precij læſus eſſet, agere contra emptorem ex ſola iudicij ęquitate ad eum in id adigendum, vt vel iuſtum pretium ſuppleret, vel recepto pretio rem reſtitueret. Semper enim licuit ementibus & vendentibus ſe in pretio circumuenire, & quidē naturaliter, vt Vlpianus loquitur in *dict. l. in cauſa* 16. §. *idem Pomponius. D. de minor.* & Paulus in *l. item ſi* 22. §. *vlt. D. locat.* id eſt, vt ego interpretor, naturali ratione, quia emptionis & venditionis natura ſic fert, vt emptor viliore pretio comparandi, venditor verò cariore diſtrahendi votum gerant, vixque poſt multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat, detrahente, emptore autem huic quod obtulerat, addente, in certum conſentiant pretium, vt ſcriptum eſt non ineleganter in *d. l. ſi voluntate* 8. *C. de reſcin. vendit.* Propter quā cauſſam nullo Pandectarum loco reperias, actionē vllā dari venditori ob id ſolùm quòd immodicè læſus ſit in pretio, non dicam ad reſcindendā venditionem, ſed ne quidē ad negotium

negotium in ſuam æquitatem reuocãdum, quia in eo quod licitè fiebat, nul-
la poterat iniquitas ſubeſſe. Mirórq; ingenium †viri clariſsimi *Iacobi Cuiacij*, 12
qui auſus eſt dicere beneficium *legis illius ſecundæ*, C. *de reſcind. vendit.* non eſ-
ſe nouum, nec veteri iuriſprudentiæ fuiſſe incognitum. Nam præter id quod
verba illa legis *humanum eſt*, ius nouum præ ſe ferunt, apertiùs hoc expreſſum
eſt in *d. l. ſi volũtate*, quæ eorundem Imperatorum eſt in poſtremis illis verbis.
electione emptori iã præſtita ſeruanda. Cur enim *iam præſtita*, ſi ex iuris ratione
ſemper competierat? Sed quanquam hæc ita ſunt, fatendum tamen eſt maxi-
mè motos fuiſſe Imperatores†, vt nouum illud ius inducerent, ex eo quòd cõ- 13
tractus emptionis & venditionis ſit bonæ fidei, cuius æquitatẽ ad eum quo-
que caſum accommodari æquũ ſit, quo tam grandis læſio interuenerit. Quid
enim aliud ſignificant verba illa *humanum eſt*, niſi æquiſſimum eſſe, licèt non
æquitatis tantùm ratione, ſed etiam miſerationis; vt dicemus *Decad. prox. er-
ror.* 7. Quare & omnes fatentur in ſtricti iuris contractibus non idem obti-
nere: proptereà quòd in iis nulla prorſus, aut certè non tanta habeatur ratio
æquitatis: cùm tamen ſi ex hac cauſſa reſtitutio daretur, vix dici poſſet cur ſe-
parari hac parte deberent contractus bonæ fidei à contractibus ſtricti iuris,
quorum in cæteris, ſiue minorũ, ſiue maiorũ reſtitutionibus eadem ratio eſt.
Nõ nego reſcindi quodãmodo †venditionẽ ex immodica læſione, ſi emptor 14
iuſtum precium ſupplere nolit. Nihil enim aliud tunc fieri poteſt niſi vt rece-
pto precio quod dedit, rem quã accepit reſtituat: quod ſalua venditione fieri
nullo modo poteſt, iſque †ſenſus eſt *dictæ legis, ſi voluntate*, cùm ait, neque bo- 15
nam fidem, quæ emptionis atque venditionis conuentionem tuetur, pati, ne-
que rationem vllam concedere, reſcindi contractum qui vel ſtatim vel poſt
pretij quantitatis diſceptationem finitus ſit, niſi minus dimidia iuſti pretij,
quod fuerat venditio is tẽpore, datũ eſſet, electione iam emptori præſtita ſer-
uanda, vt intelligamus eo caſu quo læſio vltra dimidiam interuenerit, reſcin-
di contractum ſi emptor iuſtum pretium ſupplere nolit. Sed cùm ea †cõdictio 16
ex noua lege nõ in id præcisè detur vt emptor rẽ reſtituat, ſed ita vt electio-
nem habeat vel rei reſtituendæ, vel iuſti pretij ſupplendi, apparet non poſſe
dici abſolutè actionẽ hanc dari ad reſcindendam venditionem, *d. l.* 1. *§. ſi quis
in fraudẽ*. *D. ſi quid in fraud. patr.* & *Nouell. Rom. ſenioris cap.* 2. Daretur †enim 17
contra inuitũ, id eſt, faceret vt etiã inuito emptore venditionẽ neceſſariò re-
ſcindi oporteret, quomodo in *l. nõ eſt probabilis* 6. *C. eod. tit.* Atqui ex contra-
rio, vt ſuppleatur iuſtum pretium venditionis, fieri non poteſt niſi ſubſiſtente
& ſalua venditione, extra cuius cauſſam de pretio nunquã diſputatur. Sed &
cùm emptor iuſtũ pretium ſupplere recuſat, magis eſt vt propriè loquentibus
dicendũ ſit reſolui venditionem poteſtate legis, quàm reſcindi: in priſtinã ſi-
quidem cauſſam res redit reſoluta venditione; vt Paulus loquitur in ſpecie *l.
voluntate* 16. *in fin. D. qui. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* Deniquè inauditum eſt, vt
contractus †vllus agendo reſcindatur, niſi per in integrum reſtitutionem, etiã ſi
vis aut dolus interueniret, ne tum quidem cùm alioqui licet ab emptione di- 18
ſcedere; vnde illud eſt quòd ſeparati ſunt in Codice tituli *De reſcind. vendit.
& quãd. liceat ab empt. diſce.* Sicut dicimus †ſententiã reſcindi nõ poſſe, niſi ad- 19
uerſus rem iudicatã reſtitutio in integrũ poſtuletur, aut à ſententia appelle-
tur. Vnde item dictũ illud Symmachi, Vox iuris & legum eſt bonæ fidei con-
tractum nõ reſcindi Interpretes & pragmaticos feſelliſſe videtur, quod noua
illa lex Diocletiani & Maximiani poſita eſt ſub titulo *De reſcind. vendit.* Sed

Digitized by Google

obſeruare debuerũt quod ex aliis omnibus eius tituli legibus apparet, ſic ac-
cipi debere rubricam, vt vẽdito reſcindi nunquã poſsit quæ à minore & ritè
20 iuréq; facta eſt. Debuitq; potiùs ſic cõcipi† titulus negatiuè *De nõ reſcind. vẽdit.* aut venditionẽ reſcindi non poſſe, quomodo ille *Sentent. reſcind. non poſſ.*
Quãquã etſi admitterem ex cauſſa immodicæ læſionis reſcindi venditionem,
quod falſum eſt, non tamen ſtatim eſſet cõſequens cõpetere ex ea cauſſa in in-
21 tegrum reſtitutionẽ. Niſi poneres† dolo malo, vel per vim coactũ venditorem
vt venderet, tũ enim vtiq; venditio reſcinderetur agente eo qui vim vel dolũ
paſſus eſſet, & reſtitutio eſſet neceſſaria, ob illam æquitatem danda, quòd nihil
ſit tam cõtrariũ bonæ fidei quæ in hoc præcipuè contractu dominatur, quàm
vis aut dolus, vt disertè ſcriptum eſt in *l. 1. & in l. ſi dolo* 5, *C. eod.* Tũ igitur dun-
taxat reſtitutio neceſſaria eſt cùm contractus ſic perfectus eſt, vt tamen re-
formari aut reſcindi poſsit proprio auxilio, id eſt, quod ex ipſius cõtractus æ-
quitate proficiſcitur, vt contingit ſi maior annis vigintiquinq; vel vi vel do-
lo malo deceptus vẽdiderit, & circumſcriptus ſiue in pretij quãtitate, ſiue in
22 eo quod vendidit rem quam non expediebat vẽdere. Nã in minore† 25 annis
multò faciliùs admittimus neceſſariã eſt reſtitutionẽ aduerſus emptorem, ſi
fortè læſus ſit in pretio, aut qua alia ratione citra vim vel dolum. Nã ſi vis do-
23 lúſve† interuenerit, & minor non agat, ſed conueniatur ex cõtractu, poteſt ille
iudicij æquitate citra reſtitutionem ſe defendere & obtinere vt dolus vindice-
tur. Nã ſi nec doli exceptio neceſſaria dicitur, quia bonæ fidei iudiciis inſunt
doli exceptiones, *l. ſed ſi ideo* 21. *D. ſol. matr.* quãto minus neceſſaria eſt reſti-
24 tutio? Quòd ſi nec vis, †nec dolus interuenit, nec mala fides, contractus non
ſolùm factus, ſed etiam iure perfectus eſt, ideóq; reſcindi nec poteſt nec debet
inter maiores, neq; beneficio reſtitutionis, neq; citra reſtitutionẽ: quia ſicuti
ratũ non habetur quod non bona fide geſtum eſt, *d. l. 1. C. de reſcind. vendit.* ita
ex contrario ratũ habendũ eſt quicquid bona fide geſtum fuit. Ratum autem
non habetur quòd per reſtitutionem reſcinditur. Qua de cauſſa in *l. ad reſcin-
dendã* 4 *C. eod.* ſcriptum eſt in hæc verba, *ad reſcindendã venditionẽ. & malæ fi-
dei probationẽ;* vt intelligamus reſcindẽdæ vẽditionis cauſſam aliam eſſe nul-
lã poſſe, quàm ſi mala fides probetur. Atqui ob probationẽ malæ fidei hoc ſo-
lùm non ſufficit, quòd venditor in pretio læſus ſit etiam ſupra dimidiã *d. l. ſi
voluntate* 8. *in princip. & d. l. dolus* 10. *C. eod.* Ergo admitti non† poteſt vt in in-
25 tegrũ reſtitutio cõpetat maiori ex ſola cauſſa immodicæ læſionis, nec ſi rẽ vẽ-
ditam emptor alienauerit, quia tametſi rem emptor haberet, reſcindi tamen
venditio ex hac cauſſa non poſſet citra Diocletiani conſtitutionẽ: poſt eã verò
conſtitutionẽ ſufficere poteſt condictio ex lege cum æquitate iudicij & offi-
cio iudicis cõiuncta, vt emptor vel rẽ reddere, vel iuſtum precium ſupplere
iubeatur. Quæ tamen nõ ſufficeret citra in integrũ reſtitutionẽ, ſi ad rem præ-
ciſe redhibendã actio venditori accõmodaretur, neq; res ampliùs reſtitui poſ-
ſet propter alienationẽ in aliũ factam. Tunc. n. ea reſtitutionis æquitas eſſe de-
beret, vt qui reſtituere rẽ nõ poſſet facto ſuo quòd eã alienaſſet, cõdemnaretur
in id omne quod actoris intereſſet, quemadmodum contingit cùm ex cauſſa
doli reſtitutio poſtulatur contra eum qui reſtituere rem aut non vult, aut nõ
poteſt. *l. arbitrio* 18. *D. de dolo. l. dolus* 10. *C. de reſcind. vendit.* Ex quo apparet e-
uidentiùs quàm verum ſit, quod à nobis in ſuperioribus diſputatum eſt, a-
26 ctionem † illam quæ datur venditori læſo vltra dimidiam iuſti pretij, non
poſſe dari contra tertium poſſeſſorem, nec ſi prior emptor non ſit ſoluendo,
Non

Non enim ſicuti reſtitutio in integrum aliquando & ex cauſſa datur in rem, vt puta ſi competat ex cauſa minoris ætatis, aut ex capite vis & metus, ita & condictio ex lege poteſt vnquam in rem ſcripta eſſe, niſi ſi id ipſum lege cautum & expreſſim conſtitutum ſit. Omnes enim condictiones † tam 27 quæ ex lege ſunt, quàm aliæ, in perſonam ſunt, non in rem. *l. 1. D. de condict. ex leg.* iuncto *§. appellamus. Inſtit. de action.* Igitur vt ad inſtitutam diſputationem redeamus, cùm ex beneficio *legis 2. C. de reſcind. vendit.* emptori nolenti iuſtum ſupplere precium res aufferatur per condictionem, non per in integrum reſtitutionem, mirum non † eſt ſi quis admittat quod prag- 28 matici volunt, non eſſe condemnandum emptorem, vt fructus reſtituat, niſi quos perceperit à die litis conteſtatæ. Nam etſi maximè ex hac cauſſa reſcindi venditionem dici poſſet, eò vſque tamen teneret quouſque reſciſſa eſſet, ac proinde fatendum eſſet non ſine titulo emptorem poſſediſſe rem ſibi venditam, & ex ea fructus percepiſſe: & conſequenter eos fructus ſuos omnimodò feciſſe. Optimè namque procederet hoc caſu ratio illa pragmaticorum, quæ à nobis allata eſt capite ſuperiore, & qua illi abutuntur, vt probent ne tum quidem cùm reſtitutio impetratur, vllam fructuum ante litem conteſtatam perceptorum condemnationem fieri oportere. Sola enim reſtitutio illa eſt quæ facit, vti ne in plenum ex titulo & bona fide percepti fructus videantur, vtque per conſequentias veniant in condemnationem, & reſtitutionem. Ergo pragmaticorum error hac parte in eo eſt, non quòd putant emptorem alios fructus reſtituere cogendum non eſſe quàm quos perceperit poſt litem conteſtatam, ſed quòd putant induci hoc caſu auxilium reſtitutionis in integrum: quod ſi eſſet, vtique ex natura reſtitutionum omnium, omnia in priſtinum ſtatum reduci, atque ita fructus omnes etiam ante conteſtationem perceptos reſtitui oporteret.

ERROR VIII.

Si venditor qui vltra dimidiam iuſti pretij læſus eſt, renuntiauerit beneficio l. 2. C. de reſcind. vendit.

SVMMARIA.

1 *An ſit audiendus venditor qui vltra dimidium iuſti pretij læſus, renuntiauit beneficio l. 2. C. de reſcind. vend.*

2 *Auxilium reſtitutionis in caſu propoſito ſolere impetrari.*

3 *Iuſiurandum eaſdem leges & conditiones quas contractus ipſe recipit.*

4 *Auxilium reſtitutionis in caſu propoſito num. 1. venditori non competere aduerſus pragmaticos, & nu. 6.*

5 *Exceptio.*

7 *Ex eo quod mulieres SC. Velleiano renuntiantes eo tamen iuuantur, non ſequi enim qui beneficio l. 2. Codic. de reſcind. vendit. renuntiauit, iuuandum tamen per in integrum reſtitutionem.*

8 *Reijcitur traditio interpretum ſtatuentium venditorem qui ſciens iuſtum rei ſuæ valorem læſus eſt vltra dimidium iuſti pretij beneficium l. 2. C. de reſc. vend. non habere.*

9 *Probatur in eo qui neque coactus, neque iuſtum valorem ignorans vendidit.*

10 *Quatenus valeat renuntiatio l. 2. C. de reſcind. vendit.*

11 *Qua coactio valeat ad impetrandam reſtitutionem contra venditionem in qua*

immodica læſio interuenit.

12 *Etiam conceſſo ex immodica læſione locum eſſe reſtitutioni, non ſequitur vt emptor fructus* *omnes à ſe perceptos reddere compellatur.*

13 *Poſt litem conteſtatam poſſeſſores omnes ſunt pares, id eſt, malæ fidei.*

1 QVID ergo ſi venditor† qui vltra dimidiam iuſti pretii læſus eſt,
renuntiauerit beneficio *legis ſecundæ C. de reſcind. vendit.* Id
enim hodie paſſim fit, & quidem cum iuramento, nec dubi-
tari poteſt, quin valeat renuntiatio non modò propter autorita-
tem iuriurandi quod ſine diſpenſio ſalutis æternæ ſeruari po-
teſt, ſed etiam, quia vulgaris regula iuris eſt, Poſſe quemlibet reſilire ab eo iu-
re quod pro ſe introductum eſt, fauorique ſuo renuntiare *l. penultim. cod. de
pact.* Quòd ſi admittes renuntiationem valere, illud etiam conſequens eſt, vt
nõ aliter audiatur venditor, ſi beneficio nouæ legis vti velit aduerſus empto-
rem, quàm ſi renuntiatio illa reſcindatur, quòd cùm neque poteſtate & æ-
quitate iudicii bonæ fidei fieri poſſit, neq; autoritate cõſtitutionis quæ caſum
2 hunc complexa non eſt, vtique fatendum† videtur, auxilium reſtitutionis in
integrum ad reſcindendam venditionem neceſſarium eſſe. Eóque iure vti-
mur. Quaſi eadem concedendæ reſtitutionis cauſſa & æquitas ſubſit, facta re-
nuntiatione, quæ ſubeſſet, ſi renuntiatio nulla facta proponeretur. Eſt enim
exploratiſſimum, qua facilitate quis contrahit, & contrahendo decipitur ac
læditur, eâdem induci, vt huiuſmodi renuntiationes adhibeat. Iuſiurandum
3 autem† eaſdem leges & condiciones recipere, quas contractus ipſe recipit, in
quo adhibetur *l. vlt. C. de non numer. pecun.* nec impedire reſtitutionem ſi ab-
ſolutio impetrata ſit, quia licèt poſſit ſeruari ſine periculo ſalutis, iniquitatis
4 támen vinculum eſſe non debet. Ego nõ negarem† reſtitutionis auxilium hic
neceſſarium fore, ſi crederem venditori qui legis beneficio ſciens & vltrò re-
nuntiauit, aliqua ratione ſubueniri oportere. Sed vt id mihi perſuadere non
poſſim, illud facit, quod nullo iuris loco ſcriptum video ſuccurrendum eſſe
venditori, aut alij maiori annis vigintiquinque, qui delatũ ſibi legis beneficiũ
abiecerit. Æquitas enim illa quæ dictat ſubueniendum eſſe venditori pro-
pter tam immodicam læſionem, non eſt tanta támque euidens, vt poſſit ex ſe
inducere reſtitutionem. Alioqui non fuiſſet neceſſaria noua conſtitutio, quæ
proculdubio neceſſaria fuit. Itaque quamuis etiá poſt renuntiationem eadem
ſubſit æquitas, quoniam non eo minùs, imò tantò magis læſus reperitur qui
legis auxilium amiſit, non tamen ſubeſt eadem autoritas conſtitutionis, cui
potiùs quàm illi æquitati ius reſtitutionis, ſi quod competeret, accepto feren-
dum eſſet. Non enim ſicut Imperatores fauere voluerunt venditori læſo, ita &
ei qui beneficio quod propter læſionem habere poterat, vti noluit. Proinde
nullum poſt renuntiationem ſupereſſe poteſt ius concedẽdæ reſtitutionis, niſi
5 ex noua cauſſa, vt puta ſi ea† renuntiatio extorta ſit per vim aut per dolũ ex fa-
cti qualitate, non ex ſola pretij quantitate æſtimandũ, aut ſi minor propona-
6 tur is qui renuntiauit. Alterutrũ namque† neceſſariò fatẽdum videtur, aut nõ
poſſe renuntiari beneficio nouæ legis, quod nec quiſquam vnquã dixit, nec
rationem vllã habet, aut ſi vtiliter renuntiari poteſt, non poſſe eam renuntia-
tionem reſcindi per in integrũ reſtitutionem ex eo ipſo legis beneficio cui re-
nuntiatũ eſt. Alioqui quid aliud illud eſſet niſi renuntiationẽ effectu ipſo non
valere? Quidni verò maior annis vigintiquinque huic beneficio renuntiare
poterit,

poterit, cùm & ſi per triginta annos faceret, ſola tẽporis præſcriptione ab eo beneficio excluderetur, vt omnes cõſentiunt ex *l. ſicut. & l. omnes C. de præſcr. 30. vel 40. annor.* Cur enim maior ſit poteſtas præſcriptionis, quæ nõ niſi tacitæ remiſsionis iure cenſetur, quàm expreſſæ renuntiationis? Aut quæ iniquitas emerget, ſi poſt abiectũ per renunciationẽ beneficium nouæ conſtitutionis, res ad eã iuris rationẽ & æquitatem reuocetur quæ obtinuit toto iure Digeſtorum? Nec ſimile eſt † quod pragmaticis & interpretibus placet, mulieri permittẽdũ eſſe, vt Senatuſc. Velleiano renuntiet ex *l. vl. §. pe. D. ad S.C. Vell. l. etiam 11. l. iubemus 21. C. eod. l. vl. & Auth. matri & auiæ. C. quand. mulier. tutel. offi. fung. poſſ.* nec eo minùs tamẽ iuuari mulierẽ Velleiano, vt aduerſus eã renuntiationẽ in integrũ reſtituatur. Nã vt taceã non videri mihi verum quod illi habent pro conſtanti, valere eiuſmodi renuntiationẽ, de quo dicam in ſequẽtibus. Poſſet etiã diſsimilitudinis ratio illa afferri, quòd Senatuſc. Velleiano nõ modò ſuccurſum ſit mulieribus pro alio intercedẽtibus, ſi ſibi ſuccurri velint, ſed etiã diſtrictè iis prohibitũ eſt ne pro alio intercedant, tametſi maximè velint *l. 1. eo.* Inde námque eſt quod Paulus reſpondit, ea quæ in fraudẽ ſenatuſconſulti quod de interceſſione fœminarum factum eſt, excogitata probari poſſunt, rata haberi non oportere, *l. quidam voluit. 29. §. 1. eod.* Quid enim eſſet facilius quàm fraudem ſenatuſconſulto facere, ſi tales mulierũ renunciationes ſic valerent, vt nec per in integrum reſtitutionem reſcindi poſſent? At noua Diocletiani & Maximiani lege, qua contrahentibus vltra dimidiam iuſti pretij læſus ſubuenitur, non illud factum eſt vt prohibeatur venditor lædi, ſi vltrò & ſponte lædi velit, ſed illud tantùm vt ſi per imprudentiam, minúſque cautè contrahendo, aut vrgente rei familiaris neceſsitate vendere coactus, læſus ſit vltra dimidiam, agere poſsit ſi velit contra emptorem, vt vel recepto pretio rem reſtituat, vel iuſtum pretium ſuppleat: Nec tamen illud valdè† probo, quòd interpretibus pleriſque placet, venditorem, qui ſciẽs 8
iuſtum rei ſuæ valorem, læſus ſit vltra dimidiam iuſti pretij, beneficium nouæ legis non habere, licèt ei nominatim non renuntiauerit: quaſi indignus ſit cui ſuccurratur, ſiue beneficium vltrò abiecerit, ſiue ob hoc ipſum paſſus ſit ſe decipi vltra dimidiam vt emptorem deciperet, ac poſtmodum legis beneficium aduerſus eum imploraret. Nam perinde, imò magis miſeratione & auxilio dignus eſt, qui ſciens iuſtum rei ſuæ valorem, coactus neceſsitate, vendit viliore pretio quàm ſi valorem neſciret, vt dicemus *Decad. ſeq. error. 7.* Sanè ſi neque coactus†, neq; iuſtum valorem ignorans vendidit, vix eſt, vt putem ei eſſe ſuccurrendum. 9 Illud certè omnimodo requirendum arbitror ad excludendum† illius legis beneficium, ſiue per expreſſam, ſiue per tacitam renuntiationem, 10 vt qui læſus eſt vltra dimidiam ſciuerit ſententiam nouæ conſtitutionis, quoniam aliter fieri non poteſt vt ei iuri & beneficio quod quis ignorat an ſibi competat, aut quale illud ſit, vtiliter renuntiare poſſe videatur, *l. mater decedens 19. D. de inoffi. teſtam.* Sed non puto ſimiliter diſtinguendum eſſe, quomodo quidam diſtinguunt, an neceſſitate† cogente, adactus ſit venditor 11 ad rem ſuam tam vili pretio diſtrahendã, an potiùs ex voluntate meráq; liberalitate. Inauditum enim eſt vt alicui liceat rem quam vendidit actione vlla condicere, ob id ſolùm quod neceſſitate cogente vendiderit, niſi coactio illa ſit à perſona quæ vim & metum intulerit ad extorquendam venditionem. Alioqui fuiſſet illa iuſta cauſſa petendæ reſtitutionis etiam iure vetere, illo ſaltem caſu quo ad coactionem illã immodica quoque læſio acceſſiſſet:

quod tamen falſum eſſe probauimus in errorem ſuperiorem: Cùm vix vnquam fuerit vt viliſsimo pretio res ſuas diſtrahere voluerint, niſi qui cogen-
12 te neceſsitate venderent. Sed etſi admitteremus † ad reſcindendam venditionem ex cauſſa immodicæ læſionis nihil obſtante renuntiatione poſſe locum eſſe reſtitutioni, non tamen ſtatim conſequens fiet vt emptor fructus omnes à ſe perceptos reddere compellatur. Nam quod proximo capite diximus, eam reſtitutionum omnium naturâ eſſe, vt non minùs quòd ad fructus quàm quod ad rem ipſam attinet, omnia in priſtinum ſtatum reduci oporteat, non poteſt ad hunc caſum pertinere, in quo ſcilicet datur reſtitutio, non ad reſcindendum contractum ipſum venditionis, ſed ad reſcindendam duntaxat renuntiationem; quæ ſi facta non eſſet, iam probauimus eas iudicis partes fore, vt non alios fructus ab emptore reſtitui iubere deberet, quàm quos ipſe poſt cõteſtationem percepiſſet. Quis enim æquum putet vt melior ſit condicio venditoris ratione fructuum ſi beneficio legis renuntiauerit, quàm ſi non renuntiaſſet? & plus iuris eum habere ob id ſolùm quod renuntiauerit? Atqui ſi renuntiatio nulla facta eſſet, haberet venditor actionem ad hoc duntaxat vt emptor vel rem reddere pretio recepto, vel iuſtum pretium ſupplere teneretur, ſine vlla fructuum reſtitutione, quia neque de fructibus quicquam ab Imperatoribus conſtitutum eſt, neque ex iuris ratione conſtitui potuit aduerſus eum qui bona fide & cum iuſto titulo fructus ſuos feciſſet. Ergo ſi renuntiatio interuenerit, cùm hoc minùs iuris habeat venditor, quòd audiendus non eſt citra auxilium reſtitutionis, non debet in eo plus iuris habere vt fructus ante litem conteſtatam perceptos petere poſſit. Nihil. n. aliud iuris ei adfert reſtitutio, niſi vt in eum ſtatum venditor reſtituatur in quo eſſet, non ſi non contraxiſſet, ſed ſi beneficio legis non renuntiaſſet. Non enim plus reddit reſtitutio quàm abſtulerit læſio, id eſt, ea cauſſa quæ inducit reſtitutionem. In propoſito autem reſtitutio competit, & neceſſaria eſt, non propter læſionem in pretio, ſed propter illã quæ interuenit in eo quod legis beneficio ex cauſſa immodicæ læſionis competituro renuntiatum fuit. Sola igitur renuntiatio per reſtitutionem reſcinditur. Planè quòd ad fructus pertinet qui poſt conteſtationem percepti ſunt, nemo dubitat quin venditori reſtituendi ſint,
13 viciſsímque vſuræ pretij emptori, quia poſt litem † conteſtatam poſſeſſores omnes ſunt pares, id eſt, pro malæ fidei poſſeſſoribus habendi, *l. ſed etſi lege* 25. *§. ſi antè. D. de petit. hered.* Plerumque tamen ſolet compenſatio fieri fructuum cum vſuris, ad concurrentem vſque vſurarum quincuncium quantitatem, vt & in *l. minor.* 40. *§. vlt. D. de minor.*

ERROR NONVS.

De minore qui petita propter ætatem reſtitutione, nec probata ætate probauit immodicam læſionem.

SVMMARIA.

1 *Reſtitutio minori non aliter competit quàm ſi & minor ætas & læſio aliqua probetur.*

2 *Reſtitutio minorum quatenus ſit plenior & fauorabilior reſtitutione maiorum.*

3 *Actore probante immodicam læſionem, non tamen ætatem minorem, an poſſit cogi emptor ad rem reſtituendam nolit.*

4 *Pragmaticorum ſententia affirmans.*

5 *Differentia inter reſtitutionem rei quæ fit minori & eam quæ fit maiori: vnde pragmaticorum ſententia refellitur.*

6 *Pragmaticorum error in concipienda petitione reſtitutionis.*

7 *Modus petendæ reſtitutionis rei ex beneficio*

ſciol.2.Co.de reſc.vend. non inutilis.
8 *Qui agit vt minor denegat emptori ſupplē-di iuſti pretij electionem.*
9 *Probatio immodicæ læſionis aliquando prodeſt vt læſus facilius reſtituatur tanquam minor.*
10 *Cauſa ætatis minoris cum cauſa immodicæ læſionis quatenus coniungi poſſit.*

CVM reſtitutio quæ † minoribus annis vigintiquinque dari ſolet, 1
propter lubricum ætatis, non aliter competat, quàm ſi & minor ætas & læſio aliqua probetur *l. nam poſteaquàm 14. §. ff. ſi minor. D. de iureiur.* euenit plerumque vt qui ex cauſſa & priuilegio minoris ætatis per reſtitutionem, alleget etiam læſionem, nec eam tantùm quæ cum ætatis fauore coniuncta ſufficeret ad inducendam reſtitutionem, ſed illam etiam propter quã æquum eſſet maiori quoque ſubueniri, id eſt, quæ eſſet immodica & vltra dimidiam iuſti pretij. Etſi enim ex ea cauſſa, ſi pragmaticis credimus, reſtitutio competere perinde poſſet ad reſcindendam venditionem, etiam non probata minori ætate: poteſt tamen minoris intereſſe, vt tanquam minor potiùs, quàm quaſi maior impetret reſtitutionem, quia plenius eſt † & fauorabilius auxilium reſtitutionis minorum, non modò quòd ad fru- 2
ctus medio tempore perceptos attinet, ſecundùm ea quæ à nobis in ſuperioribus contra pragmaticos diſputata ſunt: ſed in eo etiam maximè, quòd minori reſtituto ipſa res quæ aliquando minoris fuit, reſtituenda eſt præcisè, nec auditur emptor ſi iuſtum pretium ſupplere malit. Intereſt namque minoris rem potiùs habere quam vẽdidit, cùm vendere non expediret. Quod in maiorum reſtitutionibus, ſi quæ ex cauſſa immodicæ læſionis competere poſſunt, diuerſum eſt. Datur enim emptori electio iuſti pretij ſupplendi ſi id malit, quàm recepto pretio rem reſtituere *l. 2. & l. ſi voluntate 8. in fin. C. de reſcind. vendit.* Accidit autem aliquãdo, vt deficiat actor in probatione minoris ætatis, probet verò immodicam, &, vt vocant, enormem læſionem: quo caſu † dubitari ſolet, an obtinere debeat hactenus ſal- 3
tem, vt iure maioris cogere poſſit emptorem ad rem reſtituendam, ni iuſtum pretium ſupplere malit. Et pragmaticorum † errore receptum eſt, tan- 4
tam eſſe inter huiuſmodi reſtitutiones coniunctionem & affinitatem, vt qui iure minoris reſtitui non poteſt, reſtitui tamen debeat iure maioris, ſi ea probauerit quæ maiori ad victoriam ſatis eſſe poſſent. Quod mihi videtur cũ iis quæ ſuprà conſtituimus maximè diſſentire. Nihil enim, meo iudicio, cõmune aut ſimile habent reſtitutiones minorum cum reſtitutionibus maiorum. Minori † qui iuſtam habet cauſſam petendæ reſtitutionis, res ipſa 5
quæ petitur reſtituenda eſt cum fructibus omnibus, id eſt, iis etiam qui ante litem conteſtatam percepti fuerunt. Maiori verò non aliter reſtituenda res eſt quàm ſi emptor iuſtum pretium ſupplere nolit: eóque caſu non fructus omnes in reſtitutionem veniunt, ſed ij tantùm qui percepti ſunt poſt conteſtationem. Quomodo ergo fieri obſecro poteſt, vt qui tanquam minor reſtitui voluit, tanquam maior reſtituatur? Nam etſi tanquam maior egiſſet ex cauſſa immodicæ læſionis, nec tamen emptori electionem iuſti pretij ſupplendi reliquiſſet, malè proculdubio egiſſe videretur. Egiſſet enim condictione ex lege contra eam formam quæ ipſa lege conſtituta eſſet. In quo etiam video pragmaticos † paſſim errare, quibus viſum 6
eſt ſufficere vt reſtitutio ſola rei petatur propter immodicam læſionem, eáque læſio probetur: quaſi electio illa ſupplendi iuſti pretij quam lex tribuit emptori, pendeat potiùs ex officio iudicis quàm ex iure actionis. Cùm

tamen in cæteris omnibus cauſſis ex quibus non præciſè aliquid,ſed aut hoc, aut illud debetur,certi iuris ſit malè agere eum , & cauſſâ plus petere qui alteram rem,non alterutram petit. In propoſito enim tantò magis locum id habere debet, quantò minus iuris habet venditor ad rem quam vendidit redhibendam, quàm ad petendum iuſti pretij ſupplementum. Nam res ipſa quæ iam vẽdita & alienata eſt,non poteſt priùs deberi quàm vẽditio reſciſſa, aut ſaltem reſoluta ſit; reſcindi porrò aut reſolui nequit, quandiu emptori ſalua eſt electio iuſti pretij ſupplendi. Siquidem ea ſuppletio non fit niſi ex cauſſa contractus,& ſubſiſtente venditione , qua iam reſciſſa & reſoluta, de pretio ampliùs quærendum nihil eſſet. Illud ergo potiùs admitti deberet vt venditor ab emptore peteret ſolum iuſti pretij ſupplementum , ac recuſante emptore,tum demum quaſi conſenſu emptoris reſoluta venditione ageret ad rem reſtituendam. Cur enim habeamus venditionem pro reſciſſa & reſoluta ex ſolius venditoris agentis voluntate,quandiu in emptoris arbitrio lex relinquit an ſtare venditionem velit? An non præpoſtera illa agendi ratio eſt,& conſequenter indigna quæ admittatur? Denique cùm noua illa Imperatorum conſtitutio ſola humanitate & æquitate nitatur ne emptor immodicè lædatur,quis non videt ita demum poſſe reduci rem ad ſuam æquitatem,ſi quod iuſto pretio deeſt,ſuppleatur , non etiam ſi res ipſa quæ vendita fuit reddatur? Hoc enim caſu tantum abeſt vt reuocetur negotium ad ſuam æquitatem,vt ex contrario quod contractum fuerat diſſoluatur : quod ipſum fieret ſanè periniquè niſi ex ipſius emptoris voluntate fieret, in cuius poteſtate fuit facere vt contractus teneret,nec diſſolueretur. Proinde non ſolùm ęquitatis,ſed etiam iuris ratio facit,vt ex cõtractu agi oporteat potiùs & priùs quàm ex diſtractu , aut ſi mauis , ad contractum adimplendum , priùs
7 quàm ad diſtrahẽdum.Quamquã non inficior,ſi,quod†plerũque fit,actor dicat probétque ſe immodicè læſum eſſe,ex eáque cauſſa petat ſibi rem ſuam reſtitui ex beneficio *legis ſecundæ C.de reſcind.vendit.* poſſe id ſufficere vt ritè rectéque exiſſe exiſtimetur, vt quod per relationem expreſſum eſt,pro ſimpliciter expreſſo habeatur.Legis enim beneficio implorato calũnioſum fuerit exiſtimare contra ipſius legis formam agere venditorem voluiſſe : nec aliæ hoc caſu iudicis partes eſſe poſſunt,quàm vt legis vim & poteſtatẽ ſequatur, condemnato emptore vt vel rẽ reſtituat vel iuſtum pretium ſuppleat: vtrunque enim æquè principaliter,licèt alternatiuè, venit & in actionem & in condemnationẽ. Quòd ſi admittendum eſſet alterum eſſe in obligatione ,alterum in præſtatione & officio iudicis,dicerem potius in obligatione & actione id contineri vt iuſtum pretium ſuppleretur,in præſtatione verò & officio iudicis , vt nolente emptore iuſtum ſupplere preciũ , res ipſa cum fructibus re-
8 ſtitueretur.Atque minor†qui ex cauſſa minoris ætatis petit reſtitutionẽ,non modò in id agit præciſè vt rem ipſam habeat,ſed etiam ita agit , vt quamuis non exprimat,hoc ipſo tamen quod agit tanquam minor , deneget emptori ſupplendi iuſti pretij electionem:quę ſcilicet numquam tribuitur ei qui à minore læſo conuenitur.Nam quod præter ætatem allegat etiam læſionem, non eò pertinet vt propter læſionem ſolam reſtitui velit,ſed id ex neceſſitate facere cogitur.quia nec ſola ætas ſine læſione prodeſſet. Poteſt autem probatio
9 læſionis†immodicæ,& quæ ſit vltra dimidiam iuſti pretij prodeſſe actori,aliquando etiam vt reſtituatur tanquam minor faciliùs,quàm ſi non tam grandis læſio probaretur. Nimirũ ſi,quod ſæpe accidit,dubiæ ſint, & in vtramque partem

partem æquales ætatis probationes, Etſi enim omnino incumbit minori vt ætatem,cui ſuccurri vult, præciſè probet, quoniam hac parte tempora computantur de momento in momentum,vt lex ait, non leuis tamẽ præſumptio eſt quòd minor fuerit potius quàm maior is qui tam graui læſione iniuriam ſibi fieri paſſus ſit:Eſt enim & faciliùs & frequẽtiùs vt minor hac in re quàm vt maior decipiatur, ſicut & multò æquius eſt vt ei qui tam magno damno affectus eſt ſubueniatur, quàm ei qui minorem alleget læſionem. Concludamus igitur fieri nullomodo poſſe vt remedia hæc impetrãdæ reſtitutionis ex cauſſa minoris ætatis & immodicæ læſionis ſimul concurrant, non magis in perſona minoris,quàm ſi maior ille eſſet,qui reſtitutionem poſtularet, niſi † fortaſſis eo modo quo etiam contrariæ actiones,eodem libello proponi poſſunt,id eſt ſubordinatè,aut potiùs alternatiuè,vt ſi actor in vna defecerit, aliã ſaluam habeat in qua obtinere poſſit.Idque cõſilium,vt tutiſſimum, ita optimum eſt,& ab iis minoribus haud dubiè amplectendum qui ætatis ſuæ probationes minùs certas & exploratas habent.

ERROR DECIMVS.

De cumulatione condictionis ex Can.redintegranda 3. quæſt.1. *cum condictione ex l.2.C.de reſc.vendit.*

SVMMARIA.

1 *Auxilium reſtitutionis minoribus competens non poteſt concurrere cum ea actione quæ maioribus datur ex cauſa immodicæ læſionis.*

2 *Condictio ex Can.redintegranda.3. q.1. nõ poteſt cumulari cum condictione ex l. 2. C. de reſc.vendit.*

3 *Inſignes differentiæ inter condictionem quã ius Pontificium induxit, & condictionem quæ datur ex l.2. C.de reſc. vendit.*

4 *Quo caſu pragmatici quidam cumulationẽ dictarum condictionum concedant aut negent.*

5 *Diſtinctio pragmaticorum inter enormem & enormiſſimam læſionem refertur & refellitur.*

6 *Quid exigat l.2.C.de reſc.vendit.*

7 *Enormiſſima læſione interueniente an relinquatur emptori electio ſupplendi iuſti pretij, vel rei reſtituendæ accepto pretio.*

8 *Cùm iniquitas contractus empti venditi corrigitur, fructuum tamen intereà perceptorum lucrum emptori ſaluum remanet.*

9 *Generaliter accipiendum eſſe illud ICtorum, licere contrahentibus in emendo & vendendo ſe in pretio decipere & quidem naturaliter.*

10 *Refellitur traditio interpretũ & pragmaticorum de enormiſſima læſione, & nullitate contractus quam ex ea emanare volunt.*

11 *In cõtractu diuiſionis quãdo læſio per dolũ interuenit quomodo læſo ſuccurratur.*

12 *Si læſio vltra beſſem in contractu emptionis interuenerit non tamen habetur contractus pro infecto, ſed pro imperfecto.*

13 *Dolus ẽm totus ex qualitate facti, non ex quantitate pretij æſtimandus eſt.*

SI cui perſuaſum erit quod nos proximè diſputauimus,auxilium reſtitutionis,† quod minoribus aliquomodo deceptis cõpetit, nõn poſſe 1
concurrere cum ea actione quæ maioribus datur ex cauſſa immodicæ & enormis læſionis,multò faciliùs is admittet, quod nos nunc tractandum proponimus,condictionẽ † ex *Can.redintegrãda* 3.*q*.1. cumulari non poſſe cũ 2
ea condictione quæ ab Imperatoribus Diocletiano & Maximiano inducta eſt in *l.2.C.de reſcind.vendit*. Prior † enim illa condictio quã ius pontificium in- 3
duxit,non modò cõtra ſpoliatorẽ ipſum,ſed etiã cõtra tertiũ quẽlibet, adeóq; ſi multis credimus,bonæ fidei poſſeſſorẽ, tã amplas & fauorabiles habet præ-

ſtationes,vt probata ſpoliatione ex parte actoris, & poſſeſſione ex parte rei,
nõ poſſit reus nõ condẽnari vt rẽ ipſam præciſè reſtituat, & quidẽ cũ fructi-
bus omnibus,id eſt ſine vlla diſtinctione eorũ qui percepti ſint ante vel poſt
litẽ conteſtatã.Ea verò cõdictio quæ maioribus datur *ex l.2.C.de reſcin. ven-
dit.* neq; cõtra quẽlibet poſſeſſorẽ cõpetit, ſed cõtra eum dũtaxat qui ipſe cõ-
traxit,vt nos probauimus,neque ad rẽ præciſè reſtituendã, ſed ita vt ſalua ſit
emptori electio iuſti pretij ſupplẽdi,ſi id malit, nec denique ad fructus om-
nes repetẽdos,ſed ad eos dũtaxat,quos emptor à die litis cõteſtatę perceperit.
Quæ tres inſignes differẽtiæ ſunt inter vtrãque cõdictionẽ, & eiuſmodi ſanè,
vt cumulationẽ illã quã nos fieri poſſe negamus,nullomodo patiãtur. Idq; &
4 ex pragmaticis † nonnulli fatentur,quibus iuriſprudentia non prorſus deſpe-
ctui aut ludibrio eſt:eo ſcilicet caſu quo in integrũ reſtitutio(ſic enim appel-
5 lant)danda ſit ex cauſſa enormis duntaxat læſionis.Diſtinguunt † nãque om-
nes quotquot ſunt,læſionẽ enormẽ ab enormiſſima,interpretantes enormem
illã,quæ eſt vltra dimidiã iuſti pretij,enormiſſimã verò eam quę excedit beſ-
ſem,vt puta ſi quis rẽ dignã trecentis & decẽ aureis,emerit centũ.Huiuſq; di-
ſtinctionis rationẽ illã adferunt,quòd fieri nequeat vt enormiſſima illa lęſio
non inducat præſumptionẽ doli ex propoſito,quinimò probationem pleniſ-
ſimã doli in re ipſa qui dolo ex propoſito non malè cõparandus videatur *ex
l.ſi quis cum aliter 35.D de verb.oblig.* De quo quia iã ſatis multa contra erro-
rem iſtũ ſcripſimus *Decad.*1.non erimus hîc in eo refellendo longiores. Hoc
tantũ monebimus,nouã illã Impp.conſtitutionẽ, quæ maioribus vltra dimi-
diam iuſti pretij lęſis ita ſuccurrendum putauit,vt tamen ſaluam iis reliquerit
ſupplendi iuſti pretij electionem, nullam omnino huiuſmodi diſtinctionis
6 coniecturam præbere. Nihil enim aliud † exigit, niſi vt venditor læſus ſit
vltra dimidiam iuſti pretij,humanũmque eſſe ait vt hoc caſu emptor vel rem
ſibi venditam reſtituat recepto pretio quod dedit, vel iuſtum pretium ſup-
pleat. An non verò hoc ipſum tantò humanius eſt quantò grauior læſio in-
7 teruenerit? An putas † potiùs inhumanum fore ſi emptori qui tam grandi
læſione venditorem deceperit,electio aliqua relinquatur? Atqui non habet
venditor quod conqueratur, cùm eligente emptore iuſti pretij ſuppletionem
res ad ſuam æquitatem reuocatur. Iniquitas enim quæ dat cauſſam reſtitu-
tioni,in eo tantùm conſiſtit quòd prorſus viliſſimo pretio res diſtracta fue-
rit. Ea verò iniquitas corrigitur, cùm emptor aut iuſtum pretium ſupplere
8 aut rem reſtituere cogitur. Nec eo † minùs tamen fructuum intereà perce-
ptorum lucrum emptori ſaluum eſſe conuenit, cùm imputari magis poſſit
venditori cur iure ſuo vſus non ſit, nec citiùs petierit contractum reduci ad
æquitatem,quàm emptori cur in pretio venditorem tam grauiter deceperit,
quod ille putare potuit & debuit ſibi licere *l.in cauſſa 16.§.idem Pomponius.D.
9 de minor.l.item ſi 22.§.vltim.D.locat.* quibus locis quod aiunt Iureconſulti †
licere contrahentibus in emendo & vendendo ſe in pretio decipere, & qui-
dem naturaliter, id eſt, ita ferente non ſolùm natura ipſa tractatus empti &
venditi, ſed etiam naturali propenſione eorum qui ad emendum aut ven-
dendum accedunt, *l.ſi voluntate 8. de reſcind.vendit.* Id, inquam, genera-
liter & indiſtinctè traditum eſt nulla læſionis quantitate taxata, id eſt, non
adhibita illa diſtinctione, An intra aut vltra dimidiam iuſti pretij læſus ſit
venditor, ſicut & lex Imperatoria quæ venditori vltra dimidiam iuſti pretij
læſo ſuccurrit, non diſtinguit an beſſem quoque pretij ea læſio excedat nec-

ne-

ne. Quod cùm ita ſit,nec nos diſtinguere debemus vulg.*l.de pretio 8.D.de*
*Publician.in rem act.*Et ſanè quod pragmatici † poſt nõnullos interpretes in- 10
duxerūt de enormiſſima læſione, vt tunc interueniſſe videantur, cùm vltra
beſſem iuſti pretij venditor læſus eſt,non ſolùm ſine lege eſt , ſed etiam ſine
ratione.Sed illud multò magis , quod addunt ex hac cauſſa contractum ha-
bendum eſſe pro nullo & infecto,quemadmodum, inquiunt,ſi dolus ex pro-
poſito interueniſſet. Nam etſi poneres dolo malo & peſſimo emptoris cir-
cumſcriptum venditorem , non in eo quod vendidiſſet (faceret enim ea res
nullam ipſo iure venditionē *l & eleganter 7.ff.de dolo*)ſed in eo tâtùm quod
viliſſimo pretio vendidiſſet, contractus tamen ipſo iure ſubſiſteret , ſatiſque
eſſet æquitate iudicij bonæ fidei hactenus purgari dolum vt venditori con-
uento iuſtum pretium ſuppleretur. Id enim iam olim non ſolùm in iudicio
de dote,quod omnium maximè bonę fidei erat,obtinebat *l.ſi res æſtimata* 12.
*§.ſi mulier.D.de iur.dot.*ſed etiam in datione in ſolutum,quę propiùs accedit
ad venditionē *l.ſi quis aliam 46.in fin.D.de ſolut* Et in contractu†diuiſionis 11
qui æquè bonę fidei ſemper fuit, vtpote diuiſione ipſa vicem emptionis ob-
tinente *l.1. C. commun. vtriuſque iudic.* ijdem Imperatores,quorum eſt *dicta*
lex 2. C. de reſcind. vendit. apertè reſcripſerunt,nec noui iuris conſtituendi,
ſed veteris conſeruandi gratia, illo etiam caſu quo per fraudem vel dolum,a-
deóque perperam dummodò ſine iudicio facta diuiſio ſit, ſubueniri maiori-
bus oportere: An vt à diuiſione prorſus recedatur acſi nulla facta eſſet? Mi-
nimè: ſed vt quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit,in melius reformetur,
l.maioribus.3.C.comm.vtriuſque iudic. Nimirum æquitate ipſius iudicij, quia
vt lex ait,iudicium bonę fidei eſt,in contractibus autem qui bonæ fidei ſunt,
etiam maioribus officio iudicis cauſſa cognita iura publica ſubueniunt, *l. in*
contractibus 3 .Cod.ex quib.cauſ.maior. quia ſcilicet bono & ęquo non cõue-
nit aut lucrari quem ex damno alterius , aut damnum ſentire per alterius lu-
crū *l.iure ſuccurſum 6.§.vlt.D.de iur.dot.* Adeò vt nec ſit hoc caſu neceſſaria
in integrum reſtitutio,quia quod poteſt ęquitas reſtitutionis in ęteris cauſ-
ſis,id in bonæ fidei iudicijs officium ſolum iudicis poteſt, quandiu actio bo-
næ fidei competere poteſt , vt nõn obſcurè innuit *dicta lex , In contractibus.*
Itaque ęquitas†illa quæ facit vt venditori tã immodicè læſo ſuccurri opor- 12
teat,non facit,etiamſi vltra beſſem lęſus proponatur, vt contractus habeatur
pro infecto,ſed vt habeatur pro imperfecto quouſque reformatus ſit,& per-
fectus,ſiue agendo condictione ex *l.2.C.de reſc.vendit.*ſiue excipiendo ęqui-
tate iudicij,*l.3. C.quib.ex cauſ.maior.d.l.3. C.commun.vtriuſque iudic.* Aut vt
reſcindatur, ſi is qui dolum admiſit iudicio bonę fidei conuentus nolit con-
ſentire vt ad ſuam ęquitatem res reuocetur;quod fit in venditione,ſi emptor
venditi iudicio laceſſitus ante ſolutum pretium , præſtare & ſupplere iuſtum
nolit.Æquiſſimum ſane eſt deteriorem eſſe conditionē eius qui in contractu
bonæ fidei dolū admiſit, quàm eius qui bona fide, licèt magno ſuo cõmodo
rem geſſerit: Deteriorem,inquam,non in eo duntaxat,quòd cõtractus reſciſ-
ſionem per in integrum reſtitutionem ex doli cauſſa inuitus pati cogatur,ſed
in eo etiam quod fructus omnes reſtituere debet,vtpote mala fide perceptos
l.1.C.de dolo. quos tamèn dolo nullo interueniente ſuòs faceret iure bonę fi-
dei poſſeſſoris,quantacunque læſio in pretio adeſſe proponeretur. Perpetuò
enim verū eſt quod ait *l.dolus 10.C.eod.tit.*dolū emptoris †ex qualitate facti, 13
non ex quantitate pretij æſtimandum eſſe. Longéque alia Vlpiani ſententia

eſt in *d.l.ſi quis cùm aliter* 35.*ff.de verb.obli.* & *l.ſi ſuperſtite* 5.*C.de dolo*, vt ſcripſimus in *error.*7.*Decad.*1.

ANTONII FABRI IC.

DECAS OCTAVA.

ERROR PRIMVS.

De diuiſione in qua læſio interuenit.

SVMMARIA.

1 *Diuiſio emptionis & permutationis vicem obtinet.*

2 *Ex cauſſa immodicæ læſionis ſuccurritur condiuiſori læſo.*

3 *Quanta læſio requiratur vt ſuccurratur læſo condiuiſori.*

4 *Sententia Accurſij læſionem vltra dimidium iuſti pretij requirentis.*

5 *Opinio pragmaticorum læſionem ad quartam vſque iuſti pretij ſufficere aſſerentium, probata Imberto.*

6 *Ratio Imberti & eius refutatio. numero* 7.

8 *Tertia ſententia quorundam pragmaticorum læſionem quæ iuſti pretij trientem excedat aut æquet requirentium.*

9 *Dicta ſententia refutatio.*

10 *Sententia autoris de quæſtione propoſita & nu.ſeqq.*

11 *In ſtrictis iudicijs, ſi neque dolus, neque vis, neque metus interuenerit, etiamſi læſio in re ipſa ſit, nullus tamen iudicis officio locus relinquitur: dolo verò aut metu interueniente neceſſaria eſt reſtitutio in integrum.*

12 *In iudicijs bonæ fidei ſiue dolus, ſiue vis, aut metus interuenerit, ſufficit æquitas iudicij pro reſtitutione ſi dolum paſſus conueniatur. at ſi agat opus eſt reſtitutione.*

13 *Vt accipiendum illud Symmachi Iuris & legum vatem hanc eſſe, bonæ fidei contractum non reſcindi.*

14 *Plus poteſt officium iudicis in bonæ fidei iudiciis, quàm exceptio doli in ſtrictis.*

15 *Si in venditione dolus interuenerit ex parte emptoris & emptor agat ad rem tradendam, poteſt iudicij æquitas ſufficere venditori ne tradere rem cogatur, niſi emptor dolum purgare paratus ſit.*

16 *Idémque obtinet in contractu diuiſionis.*

17 *De qua diuiſione agatur in l.maioribus.* 3.*C.commu.vtriuſque iudic.*

18 *Conſtitutio d.l.maioribus. ad quem caſum porrigi poſſit.*

19 *Ad quem caſum propriè pertineat.*

20 *Si dolus nullus aut vis interuenerit in venditione, ſed læſio ſine dolo, venditori qui ex empto conuenitur ab emptore ad rem tradendam, non ſufficit æquitas iudicij, vt non cogatur rem ipſam tradere.*

21 *In quam rem fuerit neceſſaria noua conſtitutio.l.2.C.de reſc.vendit.*

22 *In diuiſione idem quod in emptione obtinere, vbi vnus ex condiuiſoribus læſus eſt vltra dimidium iuſti pretij, pragmaticorum placitum eſt.*

23 *Non eandem eſſe fuiſséque olim diuiſionis & emptionis rationem, contra pragmaticos.*

24 *Si vis vel dolus interceſſerit in diuiſione, reſtitutio in integrum competet; ſicut etiam ex capite minoris ætatis.*

25 *Nulla intercedente vi aut dolo ex cauſſa ſolius læſionis iure Pandectarum non reſcinditur diuiſio.*

26 *Minoribus aduerſus diuiſionem non niſi cauſſa cognita datur reſtitutio.*

27 *Explicatur l.maioribus.* 3. *C. comm. vtr.iud.*

28 *An ex l.2.C.de reſc.vendit. ſuccurratur læſo condiuiſori.*

29 *Sententia autoris.*

30 *Refellitur Imbertus.*

Quoniam

QVONIAM diuiſio † emptionis vicem obtinet *l. 1. C.* 1
commun. vtriuſque iudic. ſicut & permutationis *l. ſi filia. 20. §. ſi*
pater. D. fam. erciſc. nemo dubitat quin ex cauſſa † immodicę 2
læſionis ſubueniendum ſit ei ex cõdiuiſoribus, qui deceptus
eſt, etiãſi maior proponatur *l. maioribus 3. C. cõmun. vtriuſq;*
ind. Exemplo, inquiunt, vẽditionis, in qua hoc ipſum à Dio-
cletiano & Maximiano conſtitutum eſt in *l. 2. C. de reſc. vend.* Sed quanta læ-
ſio † requiratur, vt in integrum reſtitutioni aduerſus diuiſionẽ locus fiat, 3
quomodo pragmatici loquuntur, aut vt cõtractus in melius reformetur, quæ
eorundem Imperatorum verba ſunt, *d. l. maioribus*, non ſatis conſtat inter iu-
ris interpretes, nedum inter pragmaticos. Etſi enim *Accurſio* † & pleriſque ex 4
antiquioribus interpretibus viſum eſt, ad exemplum venditionis non aliter
ſubueniendum eſſe ei qui læſus eſt, quàm ſi vltra iuſti pretij dimidiam læſus
ſit. Multorum tamen, præſertim pragmaticorum † aliud iudicium eſt, exiſti- 5
mantium ſufficere poſſe ad contractum reſcindẽdum, ſi ad quartã vſque iuſti
pretij læſio probetur. Quam ſentẽtiam in Galliæ tribunalibus receptiſſimam
eſſe refert Imbertus in enchiridio, contendens, quod magis eſt, non eſſe eam
à iure ſcripto alienam ex *Auth. contrà cùm rogatus. C. ad S. C. Trebell.* vbi ſcri-
ptum eſt ex Iuſtiniani *Nouel.* 108. *cap.* 1. cùm quis rogatus fuerit, vt ſine libe-
ris decedens quod tunc ex hereditate ſupereſt reſtituat, quartam eum inſtitu-
tionis fideicommiſſario reſtituere compellendum. Mouetur † ex ratione illa 6
generali poſita in *dicta lege, maioribus, Quia in bona fidei iudiciis quod inæqua-*
liter factum eſſe conſtiterit, in melius reformabitur. Quis enim neget inæqualiter
factam eſſe diuiſionem, etiamſi non vltra dimidiam læſio interuenerit? Sed
tamen ſi ea ratiocinatio † recta eſt, conſequens fiet vt & venditori intra di- 7
midiam læſo, eadem ratione ſubueniri æquum ſit, cùm iudiciũ empti & ven-
diti non minùs bonæ fidei ſit, quàm quod ex diuiſione facta cõpetit, & con-
ſequenter ratio illa generalis ad omnia bonæ fidei iudicia pertinens, non mi-
nùs ad emptionem & venditionem, quàm ad cæteros bonæ fidei contractus
accommodari debeat. Quare nec deſunt qui putent † eam ſaltem læſionem in 8
contractu diuiſionis reformando exigi, quæ iuſti pretij trientem excedat, aut
certè æquet, maximè ſi non inter fratres agatur inter quos æqualitas exactior
ſeruanda eſt, *l. inter filios 11. C. famil. erciſc.* ſed inter alios ſiue coheredes, ſiue
communium bonorum cõdiuiſores. Sed his † quoque illud obſtat, quod cùm 9
eadem diuiſionis, quæ aliorum bonæ fidei contractuum ratio conſtituatur in
d. l. maioribus, certum tamen eſt venditionem non magis reformari, ſi ad triẽ-
tem vſque iuſti pretij læſus ſit venditor, quàm ſi ad quadrantem duntaxat, re-
quirique omnimodo vt vltra dimidiam læſum ſe conqueratur. Scio poſſe nõ
eleganter diuiſionis & emptionis diuerſam in eo conſtitui rationem, quòd
qui diuidunt, non id agunt vt alter alterum in pretio aut potiùs valore diui-
dendarum rerum circumſcribant, ſed vt ſuam quiſque portionem quota &
quantacumque tandem illa ſit, integram, nec aliud prætereà quicquam conſe-
quatur. At qui accedunt ad emendum & vendendum, eo animo ſunt, vt alter
alterum in pretio quantum fieri poteſt decipere velit, emptor quidem viliùs
cõparando, vẽditor autẽ cariùs diſtrahẽdo *l. ſi voluntate 8. C. de reſcind. vendit.*
Verumenimuerò illa ſemper dubitatio manet, quòd in *d. l. maioribus* ſic lo-
quũtur Imperatores, vt ſignificent non iure aliquo ſingulari quod in iudiciis
diuiſoriis obtineat, ſed ex iure cõmuni omniũ bonæ fidei iudiciorum, ſiquid

inæqualiter factum eſſe conſtiterit, id in melius reformari oportere. Quod ſi ita eſt, non facilè defendi aut explicari poteſt, in quo hac parte diuiſio differat à venditione. Ego longè aliter † quàm ab interpretibus aut pragma-
10 ticis hucuſque factum ſit, totam rem hanc diſſiniendam eſſe arbitror. Illud imprimis ſtatuo, quod facilè omnes admittent, licèt pauci animaduertant: Differre bonæ fidei iudicia ab iis quæ nos ſtricti iuris appellamus, cùm in a-
11 liis quàm plurimis, tùm in eo maximè, quòd in ſtrictis, † ſi neque dolus, neque vis, aut metus interuenerit, etiamſi læſio in re ij ſa ſit, nullus tamen iudicis officio locus relinquitur, quia in eo iudiciorum genere nullum officium eſt iudicis, niſi vt formulæ ſubſeruiat, & conuentionis, ex qua agitur, formam præciſe ſequatur. Sed nec reſtitutioni facilè locus eſt, niſi ex iis cauſſis quas prudentes congerunt in interpretatione edicti *ex quib. cauſ. maior.* niſi fauor minoris ætatis intercedat. Dolo autem, vel vi aut metu interueniente, non modò vtile, ſed etiam neceſſarium eſt auxilium reſtitutionis ex edicti capite *De dolo* aut *De eo quod metus cauſ.* quia cùm in huiuſmodi iudiciis nulla prorſus æquitatis, ſed tantùm ſtricti iuris ratio habeatur, non poteſt fieri vt eam admittant reformationem, quam æquitas alioqui ſuggerere videretur, quandoquidem & ea contractuum ſtricti iuris natura & conditio eſt, vt nec
12 æquum ſit in iis haberi rationem æquitatis. In iis autem iudiciis † quæ ſunt bonæ fidei, ſiue dolus, ſiue vis, aut metus interuenerit, ſiue quid aliud quod aduerſus contractum ſtricti iuris inducere poſſet reſtitutionem, ſufficit æquitas iudicij pro reſtitutione vt ad æquitatem omnia reuocentur, nempe ſi is conueniatur qui dolum paſſus eſt, aut metum. Hoc enim eſt quod dici ſolet, Exceptiones doli bonæ fidei iudiciis ineſſe, *l. ſed etſi 21. D. ſolut. matrim. l. huiuſmodi 84. §. qui ſeruum. de legat. 1.* Tantundémque in iis poteſt officium iudicis, quantum doli exceptio in ſtrictis. Imò & quantum ipſa in integrum reſtitutio *l. in contractibus 3. C. ex quib. cauſ. maior. l. iure ſuccurſum 6. §. vltim. D. de iur. dot.* iunct. *l. ſi ex cauſſa 9. §. in dotis quoque modo. D. de minor.* adeóque quod magis mirum eſt, quantum in ſtipulatione nominatim facta interrogatio, *l. quia tantundem 7. D. de negot. l. quæro 54. D. locat.* Cæterùm ſi is qui dolum, vel vim aut metum paſſus eſt, non conueniatur, ſed agere velit, amiſſa fortè iam poſſeſſione rei quam repetere vellet, ſicuti agere cogitur, ita & in integrum reſtitutionem poſtulare, quia non poteſt fieri vt officio iudicis locus ſit niſi propoſita prius actione ex bonæ fidei contractu: quam porrò proponere non poteſt is qui id agit vt ex capite metus vel doli contractus reſcindatur. Itaque quemadmodum in ſtrictis iudiciis doli exceptio ſufficit reo, quæ eidem agenti foret inutilis; quoniam ad agendum vt dolus vindicetur neceſſaria eſt de dolo actio, id eſt reſtitutio ex capite doli, ita & in bonæ fidei iudiciis dolus quidem vindicatur æquitate iudicij, ſi is ipſe agat qui dolum admiſit, ſed non poteſt naſci actio ex contractu quantumuis bonę fidei ſit, ad contractum qui dolo malo initus ſit reſcindendum, in eámque rem beneficium reſtitutionis prorſus neceſſarium eſt, &, vt dicam breuiùs, officium iudicis in huiuſmodi iudiciorum genere pro doli exceptione eſt, pro actione de dolo non eſt, vbi res integra eſſe deſiit, & bonę fidei iudicium extinctum, neque pro alia vlla in integrum reſtitutione *l. 3. & 4. C. de his quæ vi met. cauſ. l. 1. l. ſi dolo 5. l. dolus 10. C. de reſcind. vendit.* Alioqui dicendum eſſet aduerſus contractum bonę fidei numquam poſſe competere reſtitutionem,

tutionem, ne quidem ex cauſſa metus aut doli, cùm reſtitutio non detur vbi
alia actio competit: quod tamen ſupra lictis locis aliiſque innumeris apertiſ-
ſimè negatur. Et quod Symmachus † dicebat, Iuris & legum vocẽ hãc eſſe, 13
Bonæ fidei contractum non reſcindi: non hunc ſenſum habet, vt eos contra-
ctus qui bonæ fidei ſunt, numquam per in integrum reſtitutionem reſcindi
oporteat, ſed vt is demum non reſcindatur qui bona fide initus perfectúſ-
que ſit: quo iure cenſeri ſanè non poteſt venditio quam emptoris dolus aut
vis extorſerit, tametſi ea quoq; bonę fidei dicatur inſpecto ſcilicet eo quod à
contrahentibus fieri debuerit, nõ quod ab iis factum ſit. Illud tamen obſer-
uandum eſt, in eo plus poſſe officium † iudicis in bonæ fidei iudiciis, quàm 14
exceptionem doli in ſtrictis, quòd in ſtrictis non quælibet æquitas exceptio-
nem doli inducit, ſed ea tantùm quę ex cauſſa doli proficiſcitur, & quę ratio-
nem illam habet ne aduerſarius ex dolo ſuo lucretur, ideóque reſtitutio ple-
rumque neceſſaria eſt ei etiam qui ex contractu ſtricto conuenitur. At in bo-
næ fidei iudiciis officium iudicis ſemper & omni caſu non ſolùm pro doli
exceptione eſt, ſed etiam pro reſtitutione in integrum, ſi modò ei ſubueniẽ-
dum ſit, non qui agit, ſed qui cõuenitur. Ex his infero ſi in venditione † dolus 15
interuenerit ex parte emptoris, ſiue in pretio, ſiue in qua alia re, & emptor
agat iudicio empti ad rem tradendam, poſſe iudicij ęquitatem ſufficere ven-
ditori ne tradere rem cogatur, niſi emptor aut iuſti pretij ſuppletione, aut a-
lia qualibet ratione dolum purgare paratus ſit. Nam & haberet doli exce-
ptionem ſi officium iudicis ſufficere non poſſet. Nec aliud meo iudicio † in 16
diuiſione iuris eſt, ſi rerũ diuiſio duntaxat facta, nõ etiam poſſeſſio tranſlata
vel relicta ſit. Agenti enim ex ea diuiſione quæ per fraudem vel dolum facta
ſit, obſtabit proculdubio æquitas iudicij, ſufficiétque reo ad excludendam a-
ctoris intentionem, vt quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit, in melius
reformetur. Quæ, ni fallor, ſententia eſt *dictæ legis, maioribus* 3. C. *commun. v-
triuſque iudic.* in qua tractari † de diuiſione, quæ nondum per traditionem & 17
tranſlationem poſſeſſionis finem acceperit, vt loquitur *l. ſi inter* 8. *eod. tit.* ex
eo apparet, quòd lex ponit actũ eſſe iudicio bonæ fidei. Nam diuiſionis pla-
citum niſi traditione vel ſtipulatione ſumat effectum ad actionem, non ma-
gis prodeſſe poteſt quàm aliud quodlibet pactum nudum, *l. diuiſionis placi-
tum* 45. D. *de pact. l. cùm proponas* 21. C. *eod.* Secuta autem traditione impletó-
que contractu, nulla iam actio ſupereſſe poteſt aut naſci ex diuiſione inter
condiuiſores. Sola vindicatio eis competit, cùm eius quiſque rei quam penes
ſe habet ex diuiſione dominium nactus ſit, *l.* 2. *C. commun. vtr. iudic.* Stipula-
tione autem interpoſita naſcitur quidem actio ex ſtipulatu, ſed quę ſtricti iu- 1
ris, non bonæ fidei eſt *l. quicquid* 99. D. *de verb. oblig. l. videamus* 38. §. *ſi actio-
nẽ. D. de vſur.* Nõ igitur põt ea lex de alio bonę fidei iudicio intelligi, quàm
quod ſit familiæ erciſcundę, aut communi diuidundo. De quibus etiam totus
ille titulus eſt. Atqui nec familiæ erciſcundę, nec communi diuidũdo iudicio
aliter agi poteſt quàm ſi corpora maneant cõmunia *l. familiæ* 9. *ill. eod. titul.*
Corpora autẽ nõ poſſunt videri cõmunia poſteaquam per diuiſionem poſ-
ſeſſionis dominiũ quoq; diuiſũ eſt *d. l.* 2. *eo.* Neceſſe igitur eſt vt ea lex intel-
ligatur de diuiſione eiuſmodi quę ſteterit in finibus nudę conuentionis, nec-
dum ſtipulatione aut traditione effectum ſumpſerit. Quæ res facit, vt quod
eo loco ab Imperatoribus † conſtitutum eſt, poſſit habere locum non modò 18
ſi is qui à condiuiſore per fraudem vel dolum circumuentus fuit, cõueniatur

Google

iudicio communi diuidundo ad diuiſionem eo quo cõuenit modo faciendã, ſed etiam,quod notabilius eſt, ſi ille ipſe qui circumuentus eſt,agat cõmuni diuidundo,tanquam rebus omnibus in communione adhuc retentis. Aduerſario enim excipienti de pacto diuiſionis,replicatio doli obiicietur,quæ bonæ fidei iudicium faciet,commentũmque fraudis repellet, vt in *l.aduerſus 3. C.de except.* Quod in cæteris bonæ fidei contractibus qui nudo conſenſu perficiuntur diuerſum eſt,in quibus traditio non eſt neceſſaria vt contractus
19 perfectus videatur.Quamquam magis † mihi placet prior interpretatio, vt *d.l.maioribus*,ad eum caſum pertineat quo conuenitur is qui dolũ paſſus eſt, non quo agit,cùm non requirat doli replicationem aduerſus pactũ; quæ tamẽ neceſſaria eſſet vt iudicium bonæ fidei conſtitueretur,*d.l.aduerſus.* Sed ſi
20 dolus†nullus,vis nulla interuenerit in vẽditione,at læſio duntaxat in pretio quãtacumque citra dolũ,cùm dolus ex qualitate facti, non ex quãtitate pretij æſtimetur,*d.l.dolus 10.C.de reſcind.vendit.*dico non poſſe ęquitatem iudicij ſufficere venditori,ſi empti iudicio,quod bonæ fidei eſt,cõueniatur ad rẽ tradendam,quominus tradere rem cogatur, etiãſi iuſtum pretium ſupplere emptor nolit,quoniam ęquitas nulla eſt quę hoc ſuadeat,ſiquidem in pretio emptionis & venditionis naturaliter, id eſt ex natura negotij quod geritur, licet cõtrahẽtibus inuicẽ ſe decipere, niſi adſit dolus malus,*l.in cauſſa 16.§.idẽ Põponius. D.de minor.l.itẽ ſi pretio 22.§.vlt.D.locat.*Multo minùs autẽ ſufficiet æquitas iudicij ad dandã actionem venditori vt emptor aut rẽ tradere pretio recepto, aut iuſtum pretium ſupplere teneatur. Eſt enim longè difficilius vt actio detur vltrò ad reſcindendũ contractũ,quàm vt aduerſus agentem ex contractu officium iudicis imploretur.In eámque nimirum rem ne-
21 ceſſaria†fuit noua cõſtitutio *d.l.2.C.de reſcind.vendit.*quę venditori vltra dimidiam iuſti pretij læſo ſubueniret,& quidẽ in vtrumq; caſum, id eſt, ſiue is ageret,ſiue conueniretur. Humanum enim viſum eſt non tam laxis habenis permittendũ eſſe emẽtibus & vendẽtibus ſe in pretio decipere, ſed ad finem vſque dimidiæ iuſti pretij: quod ipſum priuſquàm conſtitutum eſſet,& Pan-
22 dectarum iure nõ oporteat haberi pro cõſtituto. In diuiſione†verò quin idẽ quod in emptione hodie obtinere ius debeat,ſi alter ex condiuiſoribus vltra dimidiã iuſti pretij læſus ſit,nemo ex pragmaticis dubitat. Cur enim cõdiuiſoris, inquiunt, deterior conditio ſit quàm venditoris etiam traditio ſit ſubſecuta? Malè,vt poſteà dicemus. Sed ſi intra dimidiam læſus proponatur,hic verò caſus eſt de quo dubitari poſſe putant, id eſt, an eadẽ in omnibus hodie
23 ſit,olímq; fuerit ratio diuiſionis & venditionis. Et puto†eſſe ſempérq; fuiſſe planè diuerſam,in eo quòd nõ ſicuti naturaliter licèt cõtrahẽtibus in emendo & vendendo ſe in pretio decipere,ita & in diuidẽdo permiſſũ eſt vt ſuam quiſque ex diuiſoribus portionẽ alieno incõmodo faciat ampliorẽ, quàm ex ratione eſſe debeat. Id enim agunt qui diuidunt, vt vnuſquiſque id duntaxat ferat quod ſuum eſt,ex alieno autẽ nihil:quamobrem nec quicquã acquirere dicitur qui diuidit, quoniã licèt fiat dominus eius portionis quã in re communi ſocius habebat, tamen de ſuo tantundẽ præſtat ſocio quantũ ab eo accipit. Æquitas igitur iudicij bonæ fidei ſufficere poteſt ad contractũ qui inæqualiter factus ſit in melius reformandũ, ſi cõmuni diuidundo agat ille qui ex inæquali diuiſione lucrũ captat. Nã ſi conueniatur,proculdubio ei proderit pactũ diuiſionis ad exceptionẽ,quę doli replicatione elidi nõ poterit,cùm ponamus nihil dolo malo factũ eſſe. Non enim magis in diuiſione quàm in emptione

emptione dolus æſtimãdus eſt ex inæqualitate portionũ, ſed ex ſola qualitate facti *d.l.dolus* 10.*C.de reſc.vend.& l.dolũ* 6.C.*de dolo*.Itaque vno illo caſu quo is qui in diuiſione læſus eſt, agere velit iudicio communi diuidundo, adhibenda diſtinctio eſt,an dolus aliquis cõdiuiſoris interuenerit, nécne; quia ſola doli, aut quæ ſimilis eſt metus replicatio iudiciũ bonæ fidei cõſtituere poteſt,quod per exceptionem pacti euerſum videbatur: cùm & ex bona fide illud ſit vt pacta ſeruentur, quæ nec contra bonos mores,nec cõtra leges facta ſint *d.l.aduerſus* 3.C.*de except.* Sed ſi is qui à condiuiſore læſus eſt conueniatur eodem iudicio communi diuidũdo, nihil prorſus intereſt an inæqualitas ex condiuiſoris dolo profecta ſit,an emerſerit citra dolum,quia vtroque caſu æquũ eſt & ex veriſimili voluntate contrahentiũ, vt quod inæqualiter factum eſt,ad æqualitatẽ reuocetur. Aequitas autẽ illa licèt ſufficiens non ſit ad exceptionẽ doli inducendam,cùm dolus nullus interuenit,tamen ſufficiens eſt ad inducendũ officiũ iudicis, quod,vt dixi, cæteris omnibus exceptionibus longè plenius & vberius eſt.Idque eſt quod ait *d.l.maioribus,per fraudẽ, vel dolũ, vel perperam factis diuiſionibus*, vt intelligamus nihil hac parte inter hæc intereſſe. Perperam enim factas diuiſiones intelligo, quæ malè,id eſt inæqualiter factæ ſunt,citra fraudem tamen, vt ea adiectio nonnihil operetur, ſed hoc tamen ex ſuperioribus ſemper repetitum volo, vt is locus ad eum caſum coanguſtetur, quo ex diuiſione traditio ſecuta nondum ſit, quando alioqui futurum eſt, vt nihil ſit quod tractari queat de iudicio communi diuidundo, ſublata per dominij trãſlationem communione. Cæterùm ſi res deſierint eſſe communes, id eſt, ſi rerum communium diuiſio relicta vel tranſlata poſſeſſione finẽ acceperit,vt loquitur *d.l.ſi inter* 8.*eo*.nego poſſe diuiſionem quãtumuis inæqualem reformari in melius æquitate iudicij, quia neque iudiciũ bonæ fidei vllum supereſt quod exerceri poſsit,ſiue dolo malo,ſiue citra dolũ ea inæqualitas contigerit, ſiue is qui læſus eſt, agat,ſiue conueniatur. Planè ſi
vis † vel dolus interceſſit, reſtitutio in integrum competet ad reſcindendam 24
diuiſionem ex capite edicti D*e dolo*, vel D*e eo quod met. cauſſa.* Sicut & ex capite minoris ætatis, ſi minor fuerit is qui læſus proponitur.*l.pen*.C.*commu.*
*diuid.l.*1.C.*ſi aduerſ.tranſact.vel diuiſ.* Sed nulla † intercedente vi,nullo dolo, 25
vel metu,non puto ex cauſſa ſolius læſionis quantumlibet immodicæ reſcindi poſſe diuiſionem, ſi inſpicias ius Pandectarum. Nec dubito quin ea ſit ſententia *d.l.ſi inter*, cùm ait, Si inter maiores annis vigintiquinque diuiſio rerũ communium relicta vel tranſlata poſſeſsione finem acceperit, inſtaurari mutuo bona fide terminata conſenſu minimè poſſe. Iam enim monuimus nõ eominus bona fide perfectam videri diuiſionẽ,quòd læſio interuenerit. Alioqui dici non poſſet quid hac parte inter maiores & minores intereſſet, cùm nec
minoribus † tam facilè detur reſtitutio aduerſus diuiſionem, ſed cauſſã cogni- 26
tã,vt ſcriptum eſt in *d.l.pen.* id eſt ita demum,ſi læſi nec in re modica proponantur. De minimis enim, vt dici ſolet, non curat prætor *l.ſcio* 4.D.*de in integr.reſtit.l.ſi quis adfirmauit* 9.§.*vlt*. D.*de dolo*, ne tum quidẽ cùm minoribus ſuccurrit.Etſi enim non ignoro poſſe ſatis magnam læſionem videri ad inducendam minoris reſtitutionem, etiamſi intra quartam iuſtæ æſtimationis partem læſus ſit, quis tamen prudentum vnquam dixit, læſionem quæ in re ipſa duntaxat quantacumque contigerit, poſſe locũ facere reſtitutioni inter maiores? Nec ad rem pertinet ſi quis obiiciat quod ſuprà diximus, diuidentium non eam eſſe mentẽ vt ſe circumſcribant, ſed vt ſuam quiſque portionẽ inte-

gram ferat. Inducit enim ea res iudicij æquitatem duntaxat, ſi poſt diuiſionē factam necdū perfectam, agatur communi diuidundo, vt docuimus, non etiā æquitatem reſtitutionis ad reſcindendam diuiſionem, quæ ſecutis hinc inde traditionibus iure perfecta, impletáque ſit: quia facilius eſt vt reformetur diuiſio quadiu deſtinata magis quàm vt perfecta dici poteſt, quàm vt perfecta reſcindatur. Denique ſicut læſio ſola non inducit exceptionem doli in ſtrictis iudiciis, nec item in integrū reſtitutionē aduerſus contractum ſtricti iuris, ita neque poteſt inducere officiū iudicis in cōtractibus bonæ fidei, ad hoc vt cōtractus vltrò reſcindatur per actionē, ſed ita demū duntaxat ſi iudiciū bonæ fidei exerceatur, quod porrò exerceri nullū amplius poteſt ex cauſſa diuiſionis, ſiue factæ, ſiue faciēdæ, cùm omnino peracta perfectáque diuiſio eſt. Eò-
27 que pertinent, † quod nemo tamē obſeruauit, verba illa *d.l.maioribus. Sine iudicio factis diuiſionibus*, non vt iudicis autoritati aliquid hac in re tribuatur, vt vulgò pragmatici ſentiūt, ſed quia cùm interueniente iudicis autoritate fit diuiſio, fiunt à iudice mutuę adiudicationes, *l.item Labeo 22.§.1.& paſſ. D.famil. erciſc.l.3.l.communi 7.in princ.& §.1.& paſſ. D.commu. diui.* quarū adiudicationum vis & poteſtas illa eſt vt dominiū ſtatim transferatur in eū cui facta eſt adiudicatio. Eſt enim adiudicatio, ſicut & traditio, vnus ex iis modis per quos adquiritur dominiū iure Quiritium, apud *Vlp.tit.19. De acquiſit. rer.* Proinde factis per iudicem diuiſionibus, atque ita tranſlato per mutuas adiudicationes dominio, nō poteſt ſupereſſe iudiciū familiæ erciſcundę aut cōmuni diuidundo, cuius æquitate poſsit inæqualis diuiſio in melius reformari, ideóq; ad auxiliū reſtitutionis in integrū recurrendum eſt, & confugiendum, ſi læſio per condiuiſoris dolum interuenit, ſin ſine dolo & inter maiores, quieſcendū: eò magis quòd diuiſiones etiam cùm ſine iudice fiunt, ſolent tamen fieri per arbitros diuiſorios, nō per ipſos cōdiuiſores, quibus ideò minor de ſe inuicē cōquerēdi occaſio relinquitur: aut ſi per ſe diuidant, ſolet, qui maior eſt, portiones cōſtituere, minor autē eligere: quod cùm fit de ſe ipſo potiùs quàm de cōdiuiſore, querelæ cauſſam habet, ſi læſus reperiatur, vt proximo cap. dicemus.
Et hæc quidem toto Pandectarum iure ſine dubio obtinuerunt. Sed cùm
28 per nouam † Imperatorum conſtitutionem. *l.2.C.de reſcind vendit.* hactenus receſſum ſit ab eo iure, vt venditori quoque ſuccurratur ſi vltra dimidiam iuſti pretij læſus ſit, cui tamē ſuccurrendi longè minor ratio ſemper fuit quàm condiuiſori, propter eam rationem quam attulimus, quòd inter emptorem & venditorem id agatur, vt ſe inuicem in pretio decipiant, non etiam inter condiuiſores. Hinc nimirum dubitatio naſci poteſt, non ſolùm an ſi læſio vltra dimidiam interuenerit, actio condiuiſori læſo danda ſit (quod minorem difficultatem habere videtur) ſed an minor quoque læſio poſsit ſufficere vt condiuiſori ſubueniatur. Ergo puto † neutro ex his caſibus iuuandum condi-
29 uiſorem qui læſus eſt, quantacunque tandem læſio illa ſit, propter eas rationes quas adferam *infr.cap.6.ad fin.* Sed etſi putarem nō magis iniquam fore conſtitutionem, quę ſtatueret ſufficere læſionem in diuiſione ad quadrantem aut trientem, vſque quàm quæ ſuccurrit venditori læſo vltra dimidiam iuſti pretij, tamen cùm id nullo prorſus iuris loco proditum ſit, non fateret ab interpretibus, aut ab aliis qui condendæ legis autoritatem non habeāt, eam ſententiam induci probarive debere. Nam etſi qua lex eſſet quæ hoc ipſum conſtitueret, ratio tamen reddi non poſſet cur de quadrāte potiùs quàm de triente, aut de ſexāte, aut de quincunce locuta fuiſſet, iuriſque id eſſet, vt loquuntur

tur,poſitiui; cuiuſmodi ſunt quę indigent proculdubio conſtitutione eius qui ius habeat conſtituendi, nec poſſunt ex ſola ęquitatis interpretatione conflari. Quod autem ita exiſtimandi † anſam Imbertus ſumit ex *Auth. contra* 30 *eum rogatus. C. ad S.C. Treb.* quis nõ videt prorſus ridiculũ eſſe ἢ ἀπροσδιόνυσον? Cùm igitur ſola illa Diocletiani & Maximiani conſtitutio in hanc rem extet, cuius autoritate ſiue vti ſiue abuti liceat, cùm de aliis bonę fidei cõtractibus ex lęſionis cauſſa reſcindendis agitur, diuiſióque vicem emptionis obtinere exiſtimetur, non video qua fronte dici poſſit condiuiſori citra dolum aut metum lęſo ſuccurri debere, ſi non niſi intra dimidiam iuſtę ęſtimationis lęſus proponatur. Illud ſanè ab interpretibus & pragmaticis omnibus concedi volo, errare ſe non toto, quod aiunt, cœlo, ſed tota iuriſprudentia, cùm ſuũ hunc errorem probari putant ex *d.l. maior.bus. C. commun. vtriuſq; iudic.* quã nos probauimus ad eas diuiſiones nullo modo pertinere, ex quibus tranſlata eſt poſſeſſio & cum poſſeſſione proprietas, ſiue per veram & corporalem traditionem, ſiue quod hîc idem eſt, per clauſulam conſtituti ea poſſeſſionis tranſlatio facta eſt.

ERROR II.

Si diuiſio inter maiores per electionem aut ſortem facta ſit, & læſio interuenerit.

SVMMARIA.

1 *Diuiſionis faciendæ modus receptior in iure per arbitros diuiſorios, mutuáſq. iudicis adiudicationes.*

2 *Alius diuidendi modus hodie vſitatiſſimus præſertim inter fratres, quo maior natu diuidit, minor eligit.*

3 *An per reſtitutionem reſcindi queat diuiſio ſecundi modi cùm alteruter ex condiuiſoribus vltra dimidiam iuſti valoris læſus eſt.*

4 *Sententia pragmaticorum affirmans.*

5 *Contraria autoris ſententia & eius confirmatio.*

6 *Si in quæſtione propoſita interueniat dolus vel metus, aut condiuiſor læſus ſit minor 25. annis, tunc ſuccurrendum eſt læſo.*

7 *Alia exceptio, ſeu caſus quo ſuccurritur læſo condiuiſori.*

8 *Ex ſola læſione quæ per inæqualitatem portionum contigit, non poteſt malæ fidei probatio induci.*

9 *Ad quam diuiſionem trahi poſſit beneficium l. 2. C. de reſc. vendit.*

10 *Si diuiſio per ſortem facta ſit an ſuccurratur læſo.*

FIT plerumque diuiſio † inter eos qui rem communem habent, 1 ſiue coheredes, ſiue ſocij ſint, per arbitros diuiſorios, mutuáſque à iudice adiudicationes, eáque frequentior in libris noſtris & receptior diuiſionis faciendæ ratio eſt. Vſu tamen apud nos & apud pleraſque gentes receptiſſima † illa eſt, quę 2 nec veteribus fuit incognita, præſertim inter fratres, vt qui maior natu eſt, diuidat, qui minor eſt eligat, de qua & in *capite ſecundo. Extr. de paroch.* Hoc verò cùm ita ſit, dubitari † poteſt an ſi 3 alteruter ex condiuiſoribus lęſus proponatur vltra dimidiam iuſti valoris rerum diuiſarum reſtitutio in integrum danda ſit ad reſcindendam diuiſionem. Nec tamen pragmatici † dubitant, quin dari debeat non ſolùm ſi vl- 4 tra dimidiam, ſed etſi ad trientem vel quadrantem vſque alteruter ex condiuiſoribus læſus probetur. Quod mihi † non modò durum, ſed etiam prorſus 5 improbabile ſemper viſum eſt. Quam enim querelæ cauſſam iuſtam habere,

aut de quo magis quàm de ſeipſo conqueri poteſt, qui ipſe aut diuiſit, aut elegit? Siquidem ponimus neque vim neque dolum interueniſſe in perſuadendo vt vel diuiſio ſic fieret, vel electio, ſed bona fide geſta omnia, alterutram tamen portionem altera pretioſiorem, & ampliorem fuiſſe. In aliis negotiis præſertim, in emptione & venditione ſolet tractatus præcedere contractum, in eóque tractatu vix aliud quicquam agitur inter contracturos, niſi vt qui cautior & ſolertior eſt ex alterius ſiue inſcitia ſiue ſtultitia lucrũ captet: quæ res locum poſteà facit reſtitutioni in integrum aut exceptioni doli ſi contractus ſit ſtricti iuris, aut officio iudicis, ſi iudicium ſit ex eorum numero, quæ bonæ fidei appellantur. Sed in huiuſmodi diuiſione quę fit conſtituente vno, & eligente altero, nullus pręcedit tractatus niſi de diuidendo, vnuſquiſque autem quam ipſe vult legem contractui ſolus dicit, vnus conſtituendo pro arbitrio portiones, alius eligendo, quam ſuam eſſe malit. Et verò quis credat eum qui portiones conſtituit, vt condiuiſor haberet electionem ea mente fuiſſe vt ſocium circumſcriberet? An non potiùs ſibi ipſi fraudem faceret qui in condiuiſoris arbitrio relinqueret vt eam portionem eligeret quæ multò amplior eſſet? Econtrà quis eum audiat ſi ſe dicat circumuentum ab alio qui elegit, & eligendo non niſi iure ſuo vſus eſt? An non hoc ipſo fraudem & turpitudinem ſuam pateſaciet ſi dicat inęquales à ſe factas portiones, & conqueratur, quòd ſocius cui electionem dederat, elegerit meliorem? Quid enim aliud expectare poterat? An fortaſſe vt qui electionem habebat eligeret eam partem quę eſſet minoris ęſtimationis, meliorem verò haberet ipſe qui portiones feciſſet? Atqui non poteſt hoc fieri ſine dolo malo. Denique tritum eſt nunquam audiendum eſſe eum qui id petat cuius contrarium non fuerat in inuentum contrarium poſtulaturus *l. penul. C. de euict.* Electione igitur facta melioris & amplioris portionis, non poteſt conqueri is qui electionem dedit, cùm ſi ſocius deteriorẽ elegiſſet, non conquereretur. Euenit quidem interdum, vt maior natu qui diuidit, portiones faciat inæquales, eamque minùs congruam in qua ſint bona, quæ ſciat ille ſocium habendi auiditate electurum. Sed quamquam ea res proximè accedit ad dolum, imputari tamen magis poteſt ei, qui eam portionem habere maluit, niſi in hoc ipſo dolum paſſus eſt, quòd perſuaſus fuit vt illam potiùs eligeret, qui aliam erat
6 alioquin electurus. Semper enim caſum illum excipio, quo interuenerit dolus vel metus: item illum quo is ex condiuiſoribus qui læſus eſt, minor ſit annis vigintiquinque. Huic namque ſubueniendum eſſe non dubito qui per lubricum ætatis & inconſulta facilitate inæquales portiones conſtituit, aut ex inæqualibus, quarum electionem habuit, elegit minorem *l. 1. Cod. ſi aduerſ. tranſact. vel diuiſ.* Quidni verò cùm & in lucro minoribus ex edicto ſuccurratur? *l. ait prætor, 7. §. hodie. & §. ſeq. D. de minor.* vbi quod dicitur etiam in lucro minoribus ſuccurri, & ideò quamuis ſine dolo cuiuſquam legatum repudiauerit minor, vel in optionis legato captus ſit, dum eligit deteriorem, vel ſi duas res promiſerit illam aut illam, & pretioſiorẽ dederit ei ſubueniendum eſſe, oſtendit ſatis non idẽ eſſe in maiore aut receptũ, aut recipiendum. Cui etiã conuenit quod ſcriptum eſt in *l. ſi inter 8. C. comm. vtriuſq; iud.* Si inter maiores annis vigintiquinque rerũ communiũ diuiſio relicta vel tranſlata poſſeſſione finem acceperit, inſtaurari mutuo cõſenſu & bona fide terminata non oportere. Ponimus enim perfectam eſſe diuiſionẽ trãſlata poſſeſſione per traditionem, aut per clauſulam cõſtituti quæ ſit vice traditionis. Alio

qu

qui ſi placitum† duntaxat diuiſionis præceſſerit, & vera bonorũ cõmunio adhuc ſuperſit, vt poſſit agi familiæ erciſcundæ aut communi diuidundo, fatebor libẽtiſſimè, æquitate ipſius iudicij quod bonæ fidei eſt, poſſe fieri vt hoc etiam caſu quo diuiſio per optionẽ datam acceptámque facta fuit, quod inæqualiter factũ eſſe conſtiterit in melius reformetur. Non enim quod optio vltro data, aut accepta eſt, facere poteſt vt inæqualitas nulla ſubſit, nec proinde vt corrigenda non ſit ex natura iudiciorũ omnium bonæ fidei, quandiu iudicium tale ſupereſt quod exerceri queat, ex *l. maioribus* 3. *C. de comm. ver. ind.* de qua ſuperiore capite ſcripſimus, præſertim cùm tã eius qui electionem dedit, quàm eius qui accepit, voluntas illa ſemper fuerit, vt in diuiſione ineũda æqualitas ſeruaretur: quaſi inæqualitas, ſi qua ſit ea per errorem & præter voluntatem contrahentium potius quàm præcogitato eorum conſilio emerſiſſe credenda ſit. Sed ſi diuiſio perfecta, dominiumque hinc inde tranſlatum proponatur, ſicuti deficit æquitas iudicij bonæ fidei quod nullum ampliùs ſupereſt, neque familiæ erciſcundæ, neque communi diuidundo, ita ſupereſſe aliud auxilium non poteſt ad agendum aduerſus contractum, quàm in integrum reſtitutionis, quæ porrò deficit cùm negotium inter maiores geſtũ eſt bona fide. Iam autẽ ſæpius monuimus ex ſola læſione† quæ per inæqualitatem 8 portionum contigerit, non poſſe malæ fidei probationem induci, non magis quàm in venditione ex ſola pretij modicitate *l. ſi voluntate* 8. *l. dolus* 10. *C. de reſcind. vend.* quòd ſi vnquam, hoc certè vno caſu verum eſt quo diuiſio facta ſit per electionem. Nec eſt contrariũ quod ſuperiore capite diximus ex pragmaticorũ magis quàm ex noſtra ſententia, Non eo minùs locum eſſe cõdictioni ex *l.* 2. *C. de reſcind. vend.* neque in vẽditione tantùm, ſed etiam in diuiſione, ſaltẽ eo caſu quo læſio interuenerit vltra dimidiam, propter nouã illã conſtitutionẽ quæ iuri veteri hac parte derogauit. Nam reſpõdeo† poſſe id obtinere 9 in ea diuiſione quæ per arbitros diuiſorios facta ſit, & per mutuas iudicis adiudicationes, aut etiam mutua ſociorũ conuentione, non in ea de qua tractamus, quam nõ vtriuſque, ſed ſingulorum & vniuſcuiuſque ex ſociis voluntas totã fecerit, portionibus ſcilicet ab vno ſolo cõſtitutis, & ab alio ſolo electione facta. Condictionẽ enim ex noua illa lege cõtra eos demũ dari æquum eſt, &, vt lex loquitur, humanũ, qui iure conuentionis à ſe factæ, licèt ſine dolo, captant lucrum ex damno alieno, non contra eos quibus ſola aduerſarij voluntas, &, vt ita dixerim, liberalitas lucrũ attulerit, in quorum numero ille eſt qui ex diuiſione per electionem facta pinguiorẽ portionẽ conſecutus eſt, ſiue ipſe, ſiue alius elegerit, dices, eandẽ igitur rationẽ conſtituendam fore diuiſionis, quæ per arbitros & iudicem facta eſt: quandoquidẽ nec in ea cõtrahentium tractatus vllus interuenit, ſed arbitrorũ duntaxat, & iudicis factũ. Verùm ſunt iſta longè diſſimilia. Factum enim & arbitrorum & iudicis ſit factum partis, vt loquuntur, ex quo à parte laudatum adprobatúmque eſt in *l. ſi ob cauſſam* 28. *C. de euict.* ob ídque iiſdem artibus & machinis deſtruendũ eſt, quibus ſi ab vtroq; ex cõtrahentibus factũ eſſet. At electio quam quis ex optione ſibi data fecerit, nullomodo videri poteſt ab eo facta qui optionem dedit, aut ex eius induſtria, ſed ex ſola meráque eius qui elegit voluntate. Proinde æquum non eſt ſi is qui elegit, ſeipſum læſerit, ei ſuccurri contra ſocium, per quem nihil factum eſt, niſi quòd optionem dedit. Nam ſi obiicias, imò per eũ aliud quidpiam factũ eſſe, id nimirum quod partes conſtituit, & quidem inæquales, in promptu eſt reſponſio, ex ſola minoris portionis electio-

ne læſionem emergere, non item ex inæqualium portionū conſtitutione, quæ
10 lucrum eligenti allatura erat ſi pinguiorem elegiſſet. Quid ſi diuiſio † per ſortem facta ſit? Nam & id aliquando euenit ſi conſtitutis per arbitros diuiſorios portionibus non poſſint ſocij, ne per arbitros quidem conſentire quam ſibi, quam ſocio datam velint. *l.2.C.quand & quib.quart.pars debet.ex bon.decur. l.vlt.in prin.C.comm.de legat.l.ſi quæ ſunt 5.D.fam.erciſc.* Videtur autē probabilius, vt qui ſorti rem committendam putauit, ſi ex ſorte læſus ſit, reſtitui in integrum non poſſit ad reſcindendam diuiſionem, præſertim quæ ſecutis hinc inde traditionibus perfecta ſit: quia & ex contrario potuerat ea ſors incidere, ex qua lucrum ſenſurus fuiſſet. Non.n. reſtitutionum cauſſæ ex euentu diiudicandæ ſunt, ſed ex initio, etiā, cùm de minorū reſtitutione quæ omniū fauorabiliſsima eſt, tractatur. *l.3.§.ſcio.l.verum 11.§.item nō reſtituetur.* D.*de mino.* Nec valdè hac parte refert an ſorte, an electione diuiſio fiat. Nam cùm mutuo condiuiſorum aſſenſu ſorti res committitur, videntur ſinguli ab initio eam quiſque partem elegiſſe, quam ſors eſſet adiudicatura. In eóque potentior eſt adiudicatio huiuſmodi, quam quæ fit per arbitros, aut per iudicem: quia non ſicut arbitrorū aut iudicis factum, ita & ſortis euentus videri poteſt factum partis, vt aduerſus eum cui ſors lucrum attulit, quaſi ex facto ſuo lucrum illud ſenſerit, reſtitutio concedatur. Nam quod caſu magis quàm certo iudicio hæc diuiſio fieri videtur, non eo magis reſtitutionem inducere poteſt: imò tantò minùs quod huius periculi pretio maioris lucri ſpem emiſſe videtur is cui ea placuit electio, quam ſors eſſet probatura. arg.*l.propter ſpem* 23.D. *famil, erciſc. l. nam hoc modo* 11.D. *de hered. vel act. vendit.l.ſi iacturam* 12.D.*de action.empt.*

ERROR TERTIVS.

De ſuppletione facienda per eum ex condiuiſoribus, contra quem impetrata eſt reſtitutio ex cauſſa immodica læſionis.

SVMMARIA.

1 *An poſito eandē eſſe rationē emptionis & diuiſionis, quēadmodum in vēditione ſuppletio ſit in pecunia numerata vbi venditor læſus eſt, ita etiā audiēdus ſit condiuiſor cōtra quē impetrata eſt reſtitutio ſi ſuppletionem velit facere in pecunia.*
2 *Pragmaticorum ſententia negant.*
3 *Diſſertatio autoris aduerſus pragmaticos.*
4 *Obiectio pragmaticorum & eius refutatio.*

QVI eandem in omnibus rationem conſtituunt emptionis & diuiſionis, vt aduerſus diuiſionem perinde ac contra venditionem ex cauſſa immodicæ læſionis concedant in integrum reſtitutionem, ſolent quærere, An † quemadmodum in venditione
1 ſuppletio ſit in pecunia numerata, ita & cùm de diuiſione ad æquitatem & æqualitatem reducenda tractatur audiendus ſit is contra quē reſtitutio poſtulatur, ſi quod congruę ſocij portioni deeſt, in pecunia ſupplere velit. Et in eam pragmatici † omnes eunt ſententiam, vt putent ſuppletionem in bonis non in pecunia fieri debere, quia non ſicut in venditione
2 ex vna parte merx, ex altera pretium verſatur *l.1.D.de rerum permutat.* ita & in diuiſione bonorum ſiue mobilium ſiue immobilium de pecunia tractari poteſt, ſed de iis ipſis bonis, quæ communia ſunt, aut fuerunt. In quo offendunt † proculdubio in eam ipſam legem, cuius æquitate mouentur
3 vt quod

Digitized by Google

vt quod in venditione cõſtitutum eſt,protrahant ad diuiſionem. Quid enim
eſſet iniquius noua illa Imperatorum conſtitutione quæ venditionem bona
fide perfectam iubet retractari ob immodicam ſolam læſionem, & quodam
modo reſcindi,ſi non electionẽ iuſti pretij ſupplendi daret emptori? At quia
in emptoris arbitrio & poteſtate relinquit,an quod iuſto pretio deeſt,ſupple-
re malit,atque ita efficere vt venditioni ſtare inuitus venditor cogatur,æquiſ-
ſima eſſe creditur cõſtitutio quæ inuito emptore ſic reuocat contractum ad
ſuam æquitatem, vt tamen venditionẽ ipſam inuito etiã venditore tueatur,
ſi eam ſtare emptor velit. Nã ſi nolit,id eſt,ſi rem à ſe emptam malit recepto
pretio reddere quàm iuſtũ pretium ſupplere,tum verò ipſius quoque volun-
tas accedit ad votum venditoris vt communi vtriuſque conſenſu vẽditio re-
ſoluatur:in quo nihil eſt aut abſurdi,aut iniqui. Eadem igitur ratione di-
cendum eſt, Hoc admiſſo quod nos in ſuperioribus negauimus, & nega-
bimus ſemper,vt aduerſus diuiſionem perfectam perinde ac contra vendi-
tionem reſtitutio ex cauſſa immoditæ læſionis peti poſſit,non eſſe permitten-
dũ actori vt reo ſocio auferat electionem,quam emptori contra venditorem
lex dedit. Atqui fieri non poteſt vt eam non auferat,ſi negetur licere ei qui
cõuenitur, vt quod congruę portioni condiuiſoris deeſt,ſuppleat in pecunia
numerata. Quomodo enim fiet ſuppletio,quin ex portione quæ reo obtigit
tantundem detrahatur? Quod ſi admittas,an non ita ſit,vt diuiſio quæ perfe-
cta fuerat,reſcindatur inuito reo,& ad nouam diuiſionem acſi prior nulla eſ-
ſet,deueniatur? Nam ſi dicas id non fieri niſi ex parte,quia non prorſus noua
diuiſio fit,ſed manentibus iiſdem portionibus,tantum ex ampliore detrahi-
tur arbitrio boni viri,quantum neceſſe eſt ad complendam actoris portionẽ.
Niſi à tota diuiſione recedi reus malit,in eóque verſari commodum electio-
nis, quæ emptoris exemplo ei accommodatur. Facilis replicatio eſt, tantam, ſi
non reo condiuiſori,certè legibus iniuriam fieri,cùm inuito eo reſilitur à di-
uiſione pro parte bonorum,quorum iam abſolutum dominium nactus fue-
rat,quanta fieret ſi tota diuiſio reſcinderetur. Non enim quòd plus aut mi-
nùs ille læditur,inducere poteſt diuerſitatẽ iuris,quominùs vtroq; caſu perin-
de iniquum ius videri debeat, cuius poteſtate contractus bonæ fidei bonaq;
fide perfectus inuito reo reſcinditur,& infirmatur. Nec ſolùm contractus ip-
ſe reſcinditur,ſed etiam dominium quod ex eo contractu quæſitum fuerat,
aufertur ab inuito,quod etiam à receptiſſimis iuris regulis abhorret:adeó-
que ab ipſa Imperatorum conſtitutione quæ non aliter rem venditam vult
reſtitui venditori,quàm ſi emptor iuſtum pretium ſupplere nolit, & conſe-
quenter non niſi volente,& conſentiente emptore. Illud ſanè non inficior, ſi
ante tranſlatum ex diuiſionis cauſſa dominium agatur inter ſocios iudicio fa-
miliæ erciſcundę,aut communi diuidundo,poſſe inęqualitatem illam refor-
mari officio iudicis & ſola ipſius iudicij æquitate, & quidẽ ita vt ex ijs bonis
quę alteram portionem pleniorem effecerant,alia minùs congrua replcatur.
Eámque eſſe ſententiã *legũ, maioribus 3. Cod. commun vtriuſque iudic.* ſed poſt
tranſlatũ hinc inde dominium rerum quæ aliquando communes, poſteà ve-
rò diuiſæ fuerunt, ſicuti iudicium bonæ fidei nullum supereſt quod exerceri
poſſit,ita legis illius æquitatem ſupereſſe nego,etſi quid auxilij competat ei
ex ſociis qui ſe vltra dimidiam læſum dicit,dico non aliud eſſe poſſe, quàm
quod exemplo emptoris traduci poteſt ex beneficio *dict. l. 2. Cod. de reſcindi*

vendit, ac proinde non habere condiuiſorem læſum quod conqueratur, ſi aduerſarius paratus ſit id quod congruæ portioni deeſt in pecunia ſupplere. An non.n. hac ratione ſit vt iniquitas quæ ex inæqualitate profecta eſt corrigatur? Aut quid aliud aguut Impp. in *d.l.2.* niſi vt qui tam grauiter & immodicè læſus eſt in damno non moretur? Atqui non moratur in damno is cui ad vltimum vſque quadrantem damnum quod ex diuiſione ſenſurus erat in pecunia ſarcitur. Sicuti dicimus (verène an ex pragmaticorum duntaxat ſententia alio loco videbimus) filio qui aliquid minùs legitima in numis acceperit, ſupplendam eſſe legitimam non in corporibus bonorũ, ſed in pecunia, cum tamen nemo negauerit perinde indemnem ſeruandum eſſe filium atque eum ex condiuiſoribus qui per diuiſionem læſus eſt, imò fauorabiliorem eſſe hanc ſuppletionem, quæ filio facienda eſt, quia legitimam integram, illibatam, nul-
4 lóq; pacto deteriorem factam habere debet. Quod ſi dicas † non eſſe cogẽdũ condiuiſorem qui tam grauiter læſus fuit vt re ſua careat, aut vt pecuniã pro bonis accipiendo res ſuas inuitus vendat (numquam. n. æquum eſt inuitum quem ſuo precio res ſuas vendere *l.non enim.9. D.rer.amot.*) reſpondebo, non certare hoc caſu ſocium qui agit, de habendis bonis ſuis, ſed de alienis, ſponte qui portionem ſuam dominij quod in rebus communibus habebat, tranſtulerit in ſocium per traditionem ex diuiſione ſecutam. In id ergo nunc agit vt res à ſe alienatas, ac proinde factas iam alienas ab inuito domino auferat, & quidem eo ſolo prætextu, quòd alioqui futurum ſit vt in damno moretur. Potiùs igitur reo ſuccurrendum eſſet ne res illas, quas iuſto titulo ſuas fecisſet, iuſto etiam pretio vendere cogeretur. Sed tamẽ poſtquam placuit ei quoque qui læſus fuit hactenus ſubueniendum eſſe vt in damno non moretur, æquiſſimum illud temperamentum eſt, vt damnum ei in pecunia non in bonis ſarciatur. Nempe ſi id eligat is qui conuenitur. Nam ſi malit ſupplere in bonis, adeóque nouam facere diuiſionem, non video qua fronte aut ratione poſſit id recuſare ſocius qui priorem impugnat diuiſionem.

ERROR QVARTVS.

Si quid ex bonis diuiſis alienauerit is qui diuiſionem reſcindi vult ex cauſſa immodicæ læſionis.

SVMMARIA.

1 Error pragmaticorum eo etiam caſu ſuppletionem in bonis faciendam eſſe contumantium quo is qui diuiſionem reſcindi vult aliquid ex bonis diuiſis alienauerit.

2 Reſtitutio ei non eſt danda per quem factum eſt quominus res ſit integra.

3 Abſurda quæ dimanant ex pragmaticorum ſententia.

4 Vendita portionis parte à condiuiſore perperam ei indulgent pragmatici quidam vt ſufficiat conferri ab eo pretium quod ex venditione redegit.

5 Non ſemper pretium ſuccedit loco rei contra pragmaticos.

6 Facta bonorum diuiſione nullum familiæ erciſcundæ iudicium ſupereſt.

1 SED hic multò grauior † pragmaticorum error mihi videtur, quòd exiſtimant, illo etiam caſu quo ex bonis iam diuiſis aliquid diſtraxerit is qui vult reſcindi diuiſionem ex cauſſa immodicæ læſionis, permittendum tamen ei eſſe vt ſuppletionem poſſit petere in bonis, nec vt in pecunia accipiat cogi poſſe. Nam vt prætermittam quod certiſſimi iuris eſt, numquam poſſe dari reſtitutionẽ † ei per
2

quem

quem factum eſt quominus integra res ſit, nec ſi minor proponatur *l. quòd ſi minor 24. §. Scæuola D. de minor.* quia omnium reſtitutionum commune ius illud eſt vt omnia in priſtinum ſtatum reſtitui oporteat *§. reſtitutio, ead. leg. & l. vnic. Cod. de reput.* quæ fiunt in *iudic. in integr. reſtit.* Illud etiam me mouet, quòd ſecundùm † hanc pragmaticorum ſententiam euenit vt melioris conditionis ſit actor quàm reus; & is qui alienauit, quàm qui portionem ſuam integram retinuit. Siquidem volunt pragmatici, vt etiam inuito reo ſuppleatur ex bonis quod deeſt congruæ actoris portioni, nec tamen volunt actorem cogi poſſe vt quæ ex portione ſua alienauit, reponat, & in commune reſtituat. Nam quod velut remedij loco excogitarunt, vt ea ipſa bona in portionẽ ſuam imputet, quaſi hoc ipſo conferat, minus accipiendo *l. 1. §. ſed etſi tantum D. de collat. bonor.* ad rem non pertinet. Quid enim ſi reus dicat paratum ſe permutationem inire portionum ſi omnia in priſtinum & integrum ſtatum reſtituantur? Cur dicemus videri eum calumniæ cauſſa id deſiderare, cùm per ſolum actorem ſtet, ne deſiderio eius ſatisfieri poſſit? Aut cur ei qui diuiſionem impugnat licebit ea bona quæ alienauit retinere inuito ſocio, & præterea ex iis ipſis quæ ad ſocium ex diuiſione peruenerint, illo etiam inuito partem auocare? Certè hoc vno ſaltem caſu debuerunt pragmatici admittere ſuppletionem in pecunia fieri poſſe, vt minus ei ſuccurratur, cui magis imputari poteſt. Sed tantùm abſunt ab hac ſententia, vt ex contrario mordicùs defendant probata læſione per eum qui portionis ſuæ partem alienauerit, non modò ſupplendum ei eſſe ex bonis quantum deeſt ad inducendam æqualitatem, ſed etiam diuiſionem nouam & ex integro fieri debere, hoc tantùm addito temperamento vt quantum ab actore alienatum eſt, tantundem ex cæteris bonis omnibus permixtis reo detur, & quidem in eadem bonorum qualitate ac conditione, proborum dictamine, vt loquuntur. Quo admiſſo planè non video quid hoc ius commune habeat cum noua Imperatorum conſtitutione quæ de venditione tantùm locuta emptori dat electionem an iuſtum precium ſupplere malit, nec priùs reſcindi venditionem patitur, quàm emptor dixerit nolle ſe quod iuſto pretio deeſt ſupplere. Nam ſi quod in venditione duntaxat conſtitutum eſt, pragmatici poſt interpretes vtrique certè nimis audacter protrahunt ad diuiſionem quòd ea ſit vice emptionis *l. 1. C. commun. vtriuſque iudic.* cur eam electionẽ ſupplendi iuſti valoris quam lex dat emptori, adeptam volũt condiuiſori? Aut ſi alia emptionis, alia diuiſionis hac parte ratio eſt, quo iure obſecro, aut qua autoritate audeãt illi traducere ad diuiſionem quod contra iuris regulas inductum, & conſtitutũ fuit in vẽditione dũtaxat? Deniq; cur meliorẽ faciũt conditionẽ ſocij qui ex bonis ſibi per diuiſionẽ acquiſitis aliquid alienauit, quod in cõmune reponere nequeat, quàm vẽditoris cui nihil poteſt imputari ſi modò paratus ſit reddere preciũ quod accepit? Hic enim tametſi precium offerat, tamen electionem quam emptori lex dedit, ei auferre non poteſt ſi malit emptor iuſtum pretium ſupplere & rem retinere. Condiuiſor verò contrà, ſi pragmaticis credimus, etiamſi non poſſit in communionem redigere ea quæ poſt diuiſionem alienauit, poteſt tamen nouam petere diuiſionem, nõ ſecus acſi omnia in integro eſſent aut per eum nõ ſtaret quominùs eſſent. Sed & ſunt inter pragmaticos † qui putent adeò indulgendũ condiuiſori eidémque actori qui portionis ſuæ partem alienauit, vt ſufficiat conferri ab eo pretium quod ex venditione redegit, præſertim ſi vendiderit ex cauſſa neceſſaria, vtputa pro dimit-

tendis creditoribus hereditariis, quoniam, inquiunt, in iudiciis vniuerſalibus, quale eſt familiæ erciſcundæ, pretium ſuccedit loco rei. *l. ſi & rem 22. & ſeq. D. de hered. petit.* Quæ ſententia tantò ſanè abſurdior eſt, quantò condiuiſori reſtitutionem petenti fauorabilior. Nam cum ei poſſit imputari cur diſtraxerit antè petitam reſtitutionem, ſi non fuerit neceſſaria cauſa diſtrahendi, aut tum etiam cùm neceſſaria fuit alienatio, cur nunc rebus non ampliùs integris, vltrò petat reſtitutionem, fieret tamen vt pecuniam pro bonis accipere
5 cogeretur ſocius cui nihil imputari poſſet. Deinde quod aiunt † pretium ſuccedere loco rei in iudiciis vniuerſalibus, apertè falſum eſt, ſi tam generaliter intelligatur. Habet enim ea ſententia ſuas diſtinctiones, nec niſi ad certas duntaxat actiones pertinet, & ad certos caſus, vt conſtat ex *l. item veniunt 20. §. ſimili modo. & §. vlt. d. ſed etſi l. 25. §. conſtituit. De petit. hered.* De quo dicendum nobis erit latiùs alio loco. Sanè non poteſt ratio illa pertinere ad in integrum reſtitutiones, quarum natura & côditio illa eſt, vt in eum ipſum ſtatum reſtituant omnia, in quo res erat priuſquàm contraheretur. Quod verò adiiciunt de iudicio familiæ erciſcundæ, an non prorſus ineptum eſt? Semel
6 enim facta bonorum diuiſione † conſtat familiæ erciſcundæ iudicium ſupereſſe nô poſſe *l. familia 9. C. commun. vtr. iud.* Nemo autem dixerit etiam reſciſſa diuiſione per reſtitutionem reſtaurari communionem, quæ ſcilicet fuit ſemel extincta, non tam per diuiſionem quàm per traditionem ex diuiſione ſecutam: traditio enim, cum ſit facti meri, non poteſt reſcindi ſola iuris & legis poteſtate, ſed reſciſſo côtractu retrotraditione opus eſt vt dominium in priſtinam cauſſam reuertatur, *l. ab emptione 58. D. de pact. d. l. 2. C. de reſcin. vendit.* Sanè ſi bona fide is alienauerit, contra quem reſtitutio poſtulatur, nulla ratio eſt cur non liberari debeat collatione aut imputatione pretij quod redegit, quia nihil eſt quod ei poſſit imputari qui rem ſuam, & tanquam ſuam, & iure ſuo vendidit, nec recuſat quominus contractui ſtetur, melioremque ipſius conditionem eſſe æquum eſt, quàm ſi poſt factas à ſe alienationes poſtularet ipſe reſtitutionem. Ponimus enim neque vim neque dolum eius interueniſſe, ſed bona fide licet inæqualiter factam eſſe diuiſionem.

ERROR QVINTVS.

De differentia venditionis, & diuiſionis in probanda læſione.

SVMMARIA.

1 Cùm de contractu ex cauſſa immodicæ læſionis reſcindendo agitur, venditionis & diuiſionis non eadem ratio in omnibus conſtituenda eſt.

2 Cùm agitur de iuſto pretio probando à venditore læſo quodnam tempus ſpectetur.

3 Cùm de diuiſione reſcindenda tractatur ad probandam læſionem, cuius temporis inæqualitas probanda ſit.

4 Conuenientia inter diuiſionem & venditionem.

ETSI magna eſt inter venditionem & diuiſionem adfinitas, vt oſtendimus in ſuperioribus, non tamen tanta eſt vt cùm de con-
1 tractu † ex cauſſa immodicæ læſionis reſcindendo agitur, eadem vtriuſque ratio in omnibus conſtituenda ſit. Nam ſi venditor ſe vltra dimidiam iuſti pretij læſum conqueratur, probare cogitur verum

verum iuſtúmque rei pretium † quod fuit tempore venditionis, *l. 2. ſi*
voluntate 8. *Cod. de reſcind. vendit.* & ni ita faciat, ſuccumbit, licèt pro-
bet immodicam læſionem, inſpecto eo tempore quod venditionem præ-
ceſſit, aut ſubſecutum eſt, quoniam pretia rerum pro temporum & lo-
corum varietate mutantur, *l. pretia rerum* 63. D. *ad leg. falcid.* neque recta
conſecutio eſt à valore qui fuit ante vel poſt contractũ, ad eum qui fuit tem-
pore cõtractus: Læſio autem quæ in contractu interueniſſe dicitur, fieri
non poteſt vt benè probata videatur, niſi ad illud ipſum tempus quo
contractum eſt accommodetur. Probatur autem ex comparatione redi-
tuum eius fundi, *l. penult. D. de reb. eor. qui ſub tutel. l. ſi fundum per fideicom-*
miſſum 92. *de legat.* 1. Item venditionum quæ ab aliis eodem tempore fa-
ctæ ſint bonorum eiuſdem conditionis & qualitatis. Quod tamen dicimus
eodem tempore, non adeò præciſè accipiẽdum eſt, vt ille ipſe dies in quo con-
tractum eſt, ſignificetur, ſed vt Iureconſulti loquuntur ἐν πλάτει, id eſt latiùs &
pinguiùs circa id tempus quo contractum fuit. Cùm verò de diuiſione † re- 3
ſcindenda tractatur, ſufficit ad probandam læſionem probari inæqualitatem
portionum, quę iam tùm cùm diuideretur interuenerit, & quidem ex quali-
tate & cõditione bonorum, licèt de iuſta eorum ęſtimatione nihil probetur.
Nam cùm in omnibus bonę fidei iudiciis, pręſertim verò in diuiſione ęqua-
litas ſeruanda ſit, nemo non videt ſubeſſe inęqualitatem maximam ſi ex v-
na partè feuda iuriſdictiones & prædia vrbana inſtructiſſima, ex alia verò
parte nõ niſi fundi ruſtici & ignobiles diſtribuantur. Niſi ex contrario pro-
betur inęqualitatẽ illam quę ex bonorum qualitate & conditione inducitur,
quantitate cõpenſatam. Fieri.n. facilè poteſt vt tot fundi ignobiles in vnam
ex portionibus conferantur, vt nobiliorũ qui in alteram portionem collati
ſunt, valorem æquent, adeóque ſuperent. Sed probandum id ipſum eſt ab eo
qui negat, nõ qui dicit læſionẽ interueniſſe, vt inæqualitatis pręſumptio, quæ
ex diuerſa bonorum conditione naſcitur, cõtrariis certiſque probationibus
elidatur. Quod non ſatis diligenter à pragmaticis obſeruatum ſcio. Putant e-
nim eũ qui aduerſus diuiſionem reſtitui velit ex cauſſa immodicæ læſionis,
cogendum probare valorem bonorum, perinde acſi de reſcindenda vẽditio-
ne ageretur. Illud tamen diuiſioni † cum venditione commune eſt, quod in
probanda ſiue conditione, ſiue æſtimatione bonorum, id tempus pręciſè ſpe- 4
ctandum eſt quo contractum fuit, nimirum vt ſciatur an inæqualitas, & læ-
ſio aliqua interuenerit, nécne. Nam ſi ponas aliquid ex bonis diuiſis aliena-
tum fuiſſe per eum qui agit ad reſcindendam diuiſionem, & pragmaticorum
errorem ſequare, qui nõ eo minùs reſtitutionẽ ipſi etiam qui alienauit dan-
dam eſſe exiſtimant, non dubito quin cogendus ſit actor hic imputare in ſuã
portione ea bona alienata, non ad eam duntaxat vſque quantitatem quam ex
ipſorum alienatione redegerit, vt pragmatici vulgo ſentiunt, nec rurſum ad
eam vſque quę fuit tempore diuiſionis, vt eruditiores nonnullos aliquando
ſenſiſſe audio, ſed ad eam quæ tunc eſt cùm agitur, dum ne quid de priſtina
bonorum qualitate & cõditione medio tempore ſit immutatum: quia ſi non
eſſent alienata, eam ęſtimationem reciperent quę nunc eſt, in noua diuiſione
ineunda. Aliud enim eſt de læſione quærere, aliud verò de rei circa quam
læſio interuenit, reſtituendæ æſtimatione. Non idem eſt ſi is alienauerit
contra quem reſtitutio in integrum poſtulatur, vt diximus ad finem capitis
ſuperioris.

Digitized by Google

ERROR SEXTVS.

De læſione quæ in dotalibus rebus æſtimandis interuenit.

SVMMARIA.

1 Æſtimatio rei dotalis vera venditio eſt.

2 Non tamen eſt venditio ſimplex, ſed dotis cauſſa.

3 Differentia inter venditionem ſimplicem & venditionem dotis cauſſa, ratione reſciſſionis contractus ex læſionis cauſſa.

4 Iam olim obtinuit vt in fundi dotalis æſtimatione læſa muliere, cogeretur maritus vel fundum reddere, vel iuſtũ pretiũ ſupplere: idémque erat ex parte mariti ſi læſus proponeretur.

5 Inquiſitio rationis differentiæ allatæ ſ̄.n.3.

6 Errores Iacobi Cuiacij.

7 Iure veteri quoties ex bonæ fidei contractu agebatur, non ſolùm vis & dolus, ſed etiam læſio ſi qua occurreret, iudicij æquitate vindicabatur.

8 Excipi à regula ſ̄. propoſita contractum emptionis, venditionis, itémque locationis & conductionis.

9 Cur alterutri coniugum læſo in æſtimatione fundi dotalis ſuccurreretur iure veteri.

10 Quomodo melior ſit conditio dotis, quàm aliorum contractuum bonæ fidei.

11 Errare pragmaticos qui exiſtimant beneficium l. 2. C. de reſcind. vendit. ad eum quoque caſum pertinere quo æſtimata dos data ſit, & in æſtimatione læſio interuenerit.

12 Quatenus ſit deterioris conditionis venditor, quàm mulier circumſcripta in dotis æſtimatione, aut condiuiſor in diuiſione læſus: & quatenus ſit melioris.

1 NON ignorāt pragmatici ęſtimationē †dotalis rei verā vēditionē eſſe *l. plerumque 10. §. ſi antè. D. de iur. dot.* quoniā ęſtimatio facit emptionem *l. 1. D. de æſtimat. act. l. ſed etſi res 7. §. 1. D.*
2 *de Publician. in rem act.* Sed neſciunt nō eſſe ſimplicem † venditionē, at dotis cauſſa, vt loquitur *lex quoties 16. D. de iur. dot.* nec rurſum quid inter hanc & illam interſit. Differentias aliquot tradidit vir doctiſſimus, & nunquam ſine laudis præfatione nominādus *Iacobus Cuiacius lib. 17. obſeruat. cap. 1.* ſed, ni fallor, non omnes. Inter cæteras enim hæc e-
3 tiam vna eſt, cùm agitur †de contractu ex cauſſa læſionis reſcindendo, quòd venditori decepto vltra dimidiam iuſti pretij ſuccurritur, & quidem beneficio nouæ conſtitutionis in *l. 2. C. de reſc. vend.* quæ ſi non eſſet, nullo prorſus legis auxilio ei ſuccurreretur. Mulieri verò, ſi in æſtimatione fundi dotalis circũuenta ſit, ſiue intra, ſiue vltra dimidiam iuſti pretij, nō beneficio illo nouę conſtitutionis ſuccurritur, ſed ſolius iudicij æquitate, vt ex eo apparet
4 quod iam idem iure †vetere obtinebat, vt cogeretur maritus vel fundũ reddere, vel iuſtũm pretiũ ſupplere *l. iure ſuccurſum 6. §. vltim. l. ſi res 12. §. 1. D. de iur. dot.* Idémque erat ex parte mariti ſi is læſus proponeretur *dict. l. iure. §. vlt.*
5 *& l. circumſcripta 6. in fi. C. ſolut. matr.* Cuius differentię †ratio à nemine hucuſque tradita ſanè perobſcura eſſet, ſi non ex iis quæ ſuprà diſputauimus, ſatis intelligeretur. Nam ſi quis eam tantùm rationem adferat quam Pomponius attulit in *d. l. iure ſuccurſum. §. vlt.* *quòd bono & æquo non conueniat aut lucrari aliquē cũ damno alterius, aut damnum ſentire per alterius lucrum,* dicā eſſe illam generaliorem, quàm vt coanguſtanda ſit ad cauſſam dotis. Conuenit enim omnibus bonę fidei contractibus, ex quibus ſcilicet præſtationes omnes & condemnationes ex bono & æquo fieri neceſſe eſt. Cui etiam cōgruit quod ſcriptũ eſt in *l. maioribus 3. C. commun. vtriuſque iudic.* *Quia*, inquit lex, *in bonæ fidei iudicijs quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit in melius reformabitur.* Ita igitur dicendũ erit in omnibus bonæ fidei iudiciis iā olim idipſum obtinuiſſe, nec proinde neceſſariā fuiſſe Diocletiani & Maximiani nouā conſtitu-

ſtitutionem vt venditori ſubueniretur, cùm iudicium venditi nō minùs bo-
næ fidei ſit quàm de dote. Et tamen conſtat quod & nos iam ſæpiùs monui-
mus,legem illam nouum ius præ ſe ferre, totique veteri iuriſprudentiæ inco-
gnitum fuiſſe & inauditum, vt venditori citra vim aut dolum læſo ſuccurre-
retur,quantacunque tandem læſio interueniſſet. Nec eſt qui diſſentiat, ſolo
Cuiacio ✝ excepto,qui non ſolùm ſine lege, ſed etiam ſine ratione contrariā 6
ſententiam primus inuexit. Idem ille tamen fatetur emptori qui etiam ſupra
dimidiam læſus fuiſſet,numquam ſubuentum fuiſſe,in quo que cum cęteris cō-
ſentit. Nam nec hodie poſt *legem 2.C.de reſcind.vendit.* ei ſubueniendum eſſe
putat,in quo diſſentit ab omnibus. Hoc verò cur ita? cùm emptionis contra-
ctus non minùs bonæ fidei ſit,quàm venditionis vel dotis? Vereor autem ne
aſtutè nimis & callidè agat vir doctiſſimus, qui vt difficultatem hanc nec o-
mnino prætermittat,nec benè diluat,hoc tantùm ſcribit, ſufficere inter con-
iuges ſi alter alterum indemnem ſeruet,nec ſocietatem vitæ,communémque
amicitiam quæ inter eos fuit,pati,vt alter ex alterius damno locupletetur,etſi
in quoquā iudicio bonę fidei,in iudicio dotis maximè æquitatem & beneuo-
lentiam ſpectari,& vt erat in veteri formula, *Quod æquius & melius eſt.* Quaſi
verò de illo quæramus,cur in contractu dotis ita conſtitutum ſit, ac non de
illo potiùs,cur in cæteris contractibus qui æquè bonæ fidei ſunt, & conſe-
quenter in empti quoque iudicio iam olim idem fuerit conſtitutum. Ratio
ex iis pendet quæ diximus in primum huius Decadis errorem. Nam ✝ pro- 7
culdubio ita ius vetus fuit, vt quoties ex bonæ fidei contractu ageretur, non
ſolùm vis & dolus,ſi quis interueniſſet,ſed etiam læſio & inæqualitas, ſi qua
occurreret,ipſius iudicij æquitate vindicaretur *d.l.iure.d.l. maioribus , & l. in
contractibus 3. C.quib.ex cauſ. maior.* quæ cùm apertè de contractibus bonæ
fidei loquatur,non aliam ob cauſſam, quàm vt intelligamus in contractibus
ſtricti iuris aliud eſſe,vim certè faciunt non ſolùm verbis legis, ſed etiam iu-
ris rationi,qui eam legem protrahunt etiam ad contractus, quos ſtricti iuris
ideò dici placuit,quòd in iis ratio æquitatis nulla prorſus,aut certè non tanta
habeatur. Ab ea tamen regula ✝ viſum eſt excipi debere contractum em- 8
ptionis & venditionis, itémque locationis & conductionis, non quidem ſi
vis aut dolus, aut alio quocunque modo mala fides, ſed ſi citra vim & do-
lum,& malam fidem læſio duntaxat in pretio aut in penſione interueniſſet;
ratione illa quòd in hoc contractuum genere naturaliter liceat contrahenti-
bus inuicem ſe decipere in pretij & penſionis modo conſtituendo, nec aliter
fieri venditio aut locatio ſoleat,quàm id agente venditore & locatore vt ca-
riùs vendat vel locet,emptore verò & conductore contrà, vt viliùs emat vel
conducat *l.in cauſſæ 16.§.idem Pomponius.ff.de minor.l.item ſi 22. §. vlt.* D.*lo-
cat.l.ſi voluntate* 8.C.*de reſcind.vendit.* Itáque ratio tam apertè tradita eſt in
l.& ideo 23.D.*locat.*vt nihil dici poſſit apertius. Nam cùm in fine legis præce-
dentis ſcriptum eſſet,in locationibus & conductionibus idem iuris eſſe quod
in emptione & venditione, vt liceat naturaliter contrahentibus ſe inuicem
circumſcribere quod ad pretium & penſionem attinet, ſubiicitur ex Hermo-
geniano, *& ideo prætextu minoris penſionis,locatione facta, ſi nullus dolus aduer-
ſarij probari poßit,reſcindi locatio non poteſt*, vt intelligamus fieri id ſingulari
quodam iure ad alios bonæ fidei contractus non producendo,in quibus nul-
lomodo nulláque in re permiſſum eſt contrahentibus vt ſe decipiant : cuiuſ-
modi ſunt contractus depoſiti, commodati, mandati, de pignore, aliique ſi-

miles,in quibus non ſolùm dolus, aut vis, ſed etiam læſiò quælibet ſola iudicij æquitate vindicatur,ita vt nec alia vlla actione opus ſit.Ergo quod in emptionibus & venditionibus,itémque in locationibus, & conductionibus cōtrà receptum eſſe Hermogenianus ſcribit, vt prætextu læſionis reſcindi contractus non poſſit,ſic omnino accipiendum eſt, vt neque ipſius iudicij æquitate,neque alia vlla actione reſcindatur. Ex quo ſatisfactum eſt propoſitæ quæſtioni, ſi de illo tantùm quæratur, cur non venditori aut emptori læſo, itémque locatori aut conductori olim ſuccurreretur, æquitate iudicij bonæ fidei, ſicut in cæteris omnibus bonæ fidei iudiciis ei qui læſus eſſet ſuccurrebatur.
9 At ſi quis pergat quærere cur ergo † mulieri ſuccurreretur, quæ fundum dotalem minoris æſtimatum tradidiſſet, aut marito, qui pluris æſtimatum accepiſſet,cùm ea æſtimatio venditionis iure cenſeretur? alia reſponſio quærenda erit ad dubitationem hanc diſſoluendam. Dicendum autem eſt,ius hoc ex eo profectum fuiſſe,quòd huiuſmodi venditio, licet vera, non tamen ſimplex venditio eſſet,ſed dotis cauſſa; Id eſt, quæ ſic fieret, vt tamen dotis cauſſam in venditionem & emptionem transferri nollent contrahentes, ſed eandem manere vt ſoluto matrimonio dotis iudicium ſupereſſet,perinde ac ſi dos inæſtimata fuiſſet.Nam quoties fundus æſtimatus in dotem datur,id primùm & præcipuè agitur vt fundus ille pro dote ſit, deinde vt fundi æſtimatio ſit in dotem pro fundo. Nec proinde id agitur inter virum & vxorem vt plus minúſve ſit in dote,ſed vt fundus ipſe,aut quanti fundus eſt. Itaque ſi in fundo æſtimando alteruter circumſcriptus ſit, licèt ea æſtimatio venditionis inſtar habeatur,quia tamen facta eſt dotis cauſſa,cōſequens eſt vt ſoluto matrimonio petatur æſtimatio,non ex vendito, ſed actione de dote, per quam fundus ipſe peteretur,ſi non eſſet æſtimatus: contractus igitur dotis manet, qui quamuis in eo ſit ſimilis venditioni, quòd bonæ fidei eſt, in eo tamen differt,quòd non eſt ex eorum numero in quibus liceat cōtrahentibus ſe decipere.Nā & cū in modo patrimonij mulier decepta eſt,ſi fortè vltra vires patrimonij,vel totū patrimoniū circūſcripta in dotē dederit,ſubueniendū eſt ei nō ſolùm minori,ſed etiā maiori,nec per in integrū reſtitutionē, ſed ſola æquitate iudicij *l.ſi ex cauſſa 9.§.in dotis quoque modo.ff.de minor.* Iunct.*d.l.ſuccurſum.§.vlt.de iur.dot.*licèt heredi mulieris neceſſaria ſit in integrum reſtitutio aduerſus maritum qui dotem ſit lucratus:quæ ſententia eſt *l.vnic.C. ſi aduerſ.dot.* quoniam inter heredē mulieris & maritum, hoc caſu nullū ſupereſt iudicium de dote, alioqui non egeret in integrum reſtitutione heres mulieris ad quem dos reuerteretur.Quanto igitur magis certa re in dotem data citra læſionem, iudicium de dote ſaluum erit & ſufficiens, vt ſi in eadem re poſtmodū æſtimanda alteruter ex coniugibus læſus ſit, ei ſubueniatur. Sed &
10 obſeruatione dignum illud eſt,meliorem † eſſe hac parte conditionem dotis quàm ſit aliorum contractuum bonę fidei, etiam eorum in quibus nullum contrahentibus ius eſt ſe inuicem decipiendi. Nam in cęteris ſi ſemel perfecti ſint,& traditione finem acceperint, fieri non poteſt vt fraus vel inęqualitas,ſi qua ſit,ęquitate iudicij corrigatur,quia nec iudicium vllū ſupereſt quod exerceri poſſit *l.3.l.ſi inter 8.C.commun.vtr.iudic.* Ideóque in integrum reſtitutio neceſſaria eſt, ſi modò cauſſa aliqua ſubſit concedendæ reſtitutionis, id eſt,ſi vis aut dolus interuenit. Nam, vt ſæpius diximus, ea cauſſa ſolius immodicæ læſionis reſtitutio numquam maiori datur. At in cauſſa dotis non ſolùm ſi fundus dotalis ęſtimatus fuerit,quæ ęſtimatio inſtar venditionis eſt,

ſed.

ſed etiamſi traditio ſecuta ſit, poteſt tamen corrigi & emendari læſio & circumſcriptio facta in æſtimatione, per æquitatem iudicij de dote, quoniam traditio illa dotis facta marito, non abſumit iudicium de dote ex parte mulieris,quę ſoluto matrimonio perſecutionē dotis ex eo cōtractu habitura eſt contra maritum, aut mariti heredes, ſed tantùm ex parte mariti qui accepta dote ſiue læſus ſit,ſiue non,nihil habet quod conqueratur. Cæterùm ſoluto quandocumque patrimonio muliere aut eius herede dotem repetente, ſiue mulier lęſa in fundi dotalis æſtimatione ineunda, ſiue maritus ipſe, reuocabitur res ad ſuam ęquitatē ex ſola iudicij bonę fidei poteſtate,quia ſupereſt iudicium bonę fidei ex parte mulieris ad dotem repetendam. Ex quo infero errare pragmaticos† & interpretes omnes,quotquot exiſtimant beneficium *legis 2.C.de reſcind.vendit.* ad eū quoque caſum pertinere quo æſtimata dos data ſit, & in ęſtimatione læſio interuenerit. Eámque eſſe ſententiam *d.l.ſi circumſcripta 6.C.ſolut.matr.* in illis verbis *quid ſuper huiuſmodi contractuū vitio ſtatutum ſit,vulgo patet.* Etſi.n.lex illa eſt Imperatorū Diocletiani & Maximiani,qui vēditori vltra dimidiā iuſti pretij lęſo primi ſubuenerunt, ſupra dictis tamen verbis, nō quid ab iis Imperatoribus contra iuris cōmunis rationem conſtitutum, ſed quid à iure cōmuni in ſimilibus cauſſis ſtatutum fuerit ſignificatur,*ſuper vitio*,inquit,*huiuſmodi contractuum.* Nā contractuum bonæ fidei vitium eſt ſi contineant læſionem & inęqualitatem etiam citra dolum, exceptis venditionibus & locationibus, ob ídque iudicij bonæ fidei ęquitate vitiū illud emendandum eſt,quandiu iudicium illud ex alterutra parte exerceri poteſt. In cauſſa verò dotis iudicium bonæ fidei tandiu ſupereſt,quandiu dos mulieri eiúſve heredi reſtituta non fuit. Non magis igitur locus ille referri poteſt ad nouam Imperatorum conſtitutionem, quàm quod ſcriptum eſt in *d.l.iure 6.§.vlt.& d.l.ſi res 12.§.1.de iur.dot.*& aliis eiuſmodi iuris antiqui locis,qui accōmodatam ex noua conſtitutione interpretationem recipere non poſſunt. Planè ſi dos fuerit mulieri reſtituta in conuenta æſtimatione, ſiue mulierem ex ea æſtimatione læſam proponas, ſiue maritum, fateor nullum ſuperfore iudicium bonę fidei,cuius æquitate ſubueniri poſſit ei perſonę quę fuit lęſa.Sed nego ſubueniri ex hac cauſſa debere,ne mulieri quidē niſi minor fuit annis vigintiquinque, quia eſt quod imputetur maiori,cur cùm iudicio de dote experiretur,nō fuerit vſa auxilio & beneficio iuris communis.Præterquàm ſi qua ſit cauſſa ob quam maioribus quoq; ſuccurri ſoleat,id eſt,ſi vis,aut dolus interceſſerit.Nec ſanè vllus iuris locus eſt qui eo caſu aut mulieri,aut marito ſubueniendū eſſe dicat: Sicut neque in cæteris contractibus vnquā ſubuenitur ei qui læſus fuit, ſi contractui ex vtraque parte ita ſatisfactum ſit,vt ex contractu agi amplius non poſſit *d. l.maioribus* iunct.*d.l.ſi inter 8.C.cōmun.vtr.iudic.* Dices,an ergo melioris cōditionis† erit venditor poſt Diocletiani & Maximiani cōſtitutionem, quàm 12 mulier circumſcripta in dotis æſtimatione, aut quàm condiuiſor qui in diuiſione læſus eſt? Conſtat enim venditionem non ſolùm perfectò contractu, quod fit nudo conſenſu,ſed etiam impleto, id eſt ſubſecutis rei venditæ pretiíque mutuis traditionibus ſi lęſus ſit vltra dimidiā iuſti precij habere condictione ex *d.l.21.C.de reſcind.vendit.* hactenus vt emptor vel rem reddere precio recepto,vel iuſtum preciū ſupplere iubeatur.Et tamen diximus quod & verum eſt,venditionem in eo deterioris eſſe conditionis quàm ſint cęteri contractus bonæ fidei:quod ſi læſio quantacumque dummodo citra dolū in

ea interuenerit, nullo iuris communis auxilio venditor adiuuatur, beneficio verò nouę legis non aliter quàm ſi immodica & enormis læſio proponatur. Et hic ſanè totius ferè huius tractatus difficilior nodus eſt. Sed facilis erit explicatio ſi dicamus, motos fuiſſe Imperatores vt nouum illud ius in venditione inducerent ob hoc ipſum quòd venditor quantumcunque lęſus omni auxilio deſtituebatur, eo prætextu quòd in hoc conuentionis genere liceret contrahentibus ſi inuicem decipere in pretio, cùm tamen eâ decipiendi licentiâ plerique paſſim abuterentur, maximè in necem venditorum quos neceſſitas rei familiaris plerumque adigit ad venditionem viliſſimo pretio faciendam. Nec tamen conſequens eſſe, vt cæteris contractibus qui hac parte venditione fauorabiliores ſunt idem beneficium hodie dari debeat, id eſt, vt ſecuto quoque implemento ex vtraque parte, atque ita extincto iudicio bonæ fidei ſuccurramus ei qui læſus fuit, nec ſi vltra dimidiam iuſti pretij læſus ſit, quia eſt quod ei imputetur, non quòd ita contraxerit, ſed cur contractum tantæ lęſionis iniquitate laborantem vltrò impleuerit, nec potiùs curauerit, vt ad æquitatem reduceretur, & in melius reformaretur, cùm ipſius iudicij æquitate & poteſtate id aſſequi poſſet. Quod ipſum quoniam venditori imputari non poteſt, cui ſcilicet ius antiquum nullomodo ſuccurrit, mirum non eſt, ſi lex noua ei ſubueniat tum etiam cùm impleuit contractum, perinde acſi non impleuiſſet. Quanquam ſi velit venditor hodie iudicij æquitate ſe tueri priuſquam contractum impleuerit, proculdubio poteſt quia iudicium bonæ fidei eſt dummodo ſit læſus vltra dimidiā iuſti pretij. Alioqui ius antiquum manet, in quoque deterioris conditionis eſt venditor quàm cæteri, ſicut & melioris cùm vltra dimidiam iuſti pretij deceptus eſt. In eo quod non ſolùm tueri ſe iudicij æquitate ante impletum contractum, ſed etiam poſtquam impleuerit vltrò agere poteſt, vt iniquitas corrigatur. Itaque ſomnium eſt interpretū noſtrorum, quòd putant beneficiū *dictæ legis ſecundæ C. de reſcind. vendit.* locum habere in fundo dotali pluris aut minoris æſtimato, & ad diuiſionem aliòſque bonę fidei contractus produci debere. Somnium verò eſt Iacobi Cuiacij quod defendit iam olim obtinuiſſe in venditione illud ipſum ius quod à Diocletiano & Maximiano inductum eſt in *d. l. 2. C. de reſcind. vendit.* Quod autem addit etiam de ſuo beneficium venditori datum ad emptorem porrigendum non eſſe, an verum ſit, itémque de aliis bonę fidei contractibus videamus.

ERROR SEPTIMVS.

De emptore qui immodicè læſus eſt.

SVMMARIA.

1 *Sententia pragmaticorū de productione beneficij l. 2. C. de reſcind. vendit. ad emptorem locatorem, conductorem, permutatorem, & omnes denique bonæ fidei contractus.*

2 *Sententia Cuiacij negantis d. l. 2. ad emptorem porrigendam eſſe: eámque ad locatorem quidem & permutatorem produci, non etiam ad conductorem affirmantis.*

3 *Diſſertatio autoris probantis 1. d. l. beneficium ad emptorem non pertinere.*

4 *Cur auxilio dignior viſus ſit Impp. venditor quàm emptor.*

5 *Reſpondetur ad l. 1. §. ſed ſi emerit. 9. D. quid in fraud. patron. qua vtitur Robertus vſo ſententiam pragmaticorum contra Cuiacium defendat.*

6 Dolo interueniente nulla eſt differentia inter emptionem, venditionem, cateróſque bonæ fidei contractus.
7 Error pragmaticorum ſupinus de caſu quo videatur læſus emptor.
8 Error Molinæi.

VIX vnquam ex pragmaticis † quiſquam dubitauit, nec ferè ex in- 1
terpretibus quin beneficium quod noua Imperatorum Diocle-
tiani & Maximiani conſtitutione venditori datum eſt in *l. 2.*
C. *de reſcind. vendit.* porrigi debeat ad emptorem, itémque ad
locatorem, conductorem, permutatorem, ad omnes denique
bonæ fidei contractus: quaſi in omnibus eadem æquitatis & bonæ fidei ra-
tio idem quoque ius poſtulet. In eamque rem abutuntur paſſim reſcripto eo-
rundem Imperatorum quod extat in *l. 3. C. commun. vtr. iudic.* vbi generaliter
ſcriptum eſt in bonæ fidei iudiciis quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit
in melius reformari oportere. Cuius tamen loci quàm alius planéque diuer-
ſus ſenſus ſit, iam ſatis ſupérque in ſuperioribus explicauimus. Primus *Ia-
cobus* † *Cuiacius libro decimo ſexto obſer. capite* 18. negauit porrigendam eſſe 2
ad emptorẽ, ea potiſsimum ratione motus quòd non eadẽ ſit ratio ſubueniẽ-
di emptori, quæ venditori. Propterea quòd, inquit, venditorẽ plerumque ne-
ceſſitas rei familiaris compellit vẽdere pretio minore *l. 2. l. non idcirco* 12. *leg ſi
quos* 16. *C. de reſcind. vendit. l. 1. C. de præd. dec. l. 2. c. ſine cenſ. vel reliq.* Emptor
verò vltrò accedit ad emptionẽ prædij, ſæpe fraudandi cauſſa, & plerũque e-
mit pretio impenſo & immodico affectione oportunitatis, vel vicinitatis,
vel cœli, vel quòd illic educatus ſit, vel parẽtes ſepulti, vt *leg. 1. §. ſed ſi rem. D. ſi
quid in fraud. patron.* vel quod maiorũ eius fuerit, vt in *l. ſi emptionem* 35. *D. de
minor.* quibus caſibus ſiue prudenter, ſiue ſtultè faciat, quia tamẽ ſponte facit,
nihil cauſſæ eſt cur ei ſubueniatur. De locatione non dubitat quin idem iu-
ris ſit quod de venditione, ſicut & de conductione idem quod de emptio-
ne. De permutatione verò quia non magis venditioni quàm emptioni ſimi-
lis eſt; videtur magis dubitare. Sed tamen concludit idem beneficium dari
debere vtrique permutatori, ſed quatenus vterque venditori aſsimilatur,
non quatenus vterque emptorem imitatur. Ego verò miror ingenia tot
tantorúmque virorum ſe exercentium & aberrantium manifeſta iuris cer-
tiſsimi ignoratione. Nam vt ab ea dubitatione † incipiamus, quæ eſt de 3
emptore, ſi iuris rationem inſpicias; certum eſt nullo modo ei ſubuenien-
dum eſſe ob quantumlibet immodicam læſionem, quia nec venditori ſubue-
niretur nequidem ante impletum contractum, etſi iudicio empti aut venditi
quod bonæ fidei eſt ageretur, quoniam in eo contractu ſpeciale eſt vt liceat
contrahentibus ſe inuicem naturaliter in pretio decipere *l. in cauſſa* 16. *§. idem
Pomponius.* D. *de minor. l. ſi voluntate* 8. C. *de reſcind. vendit.* Nec aliud in lo-
catore & conductore iuris eſt, propter eandem rationem *l. item ſi pretio* 22. *§.
vlt. & l. ſeq.* D. *locat.* Itaque ad hos contractus non pertinet, quod de aliis
bonæ fidei contractibus ſcriptum eſt. Id quod inæqualiter geſtũ fuerit, æqui-
tate iudicij bonæ fidei in melius reformari debere, niſi cùm vis aut dolus
interuenit. Nec bona ratio eſt qua mouentur interpretes vt emptori ſubue-
niant, *quòd bonæ fidei contractus ſit*, qua tamẽ meliorem aliã nullam habent. Si
verò ius nouum inſpicias quod ab Imperatoribus contra iuris veteris ratio-
nem conſtitutum eſt, quid apertiùs quàm conſtitutionem de dolo venditore
locutam eſſe? Ergo qui eam protrahunt ad emptorem, fateantur neceſſe eſt id
ſe facere ſine lege, & conſequenter ſine ratione, cùm nec in venditore ratio-

nem vllam habere poſſit lex noua, quæ abhorret à iuris veteris ratione. Et verò apertiſsima & euidentiſsima inter venditorem & emptorem diſsimilitudinis ratio eſt quam nos ex Cuiacio protulimus. Nã quod lex† ait *humanum eſt*, oſtendit ſatis ita ab Imperatoribus conſtitutum in venditore, non ratione aliqua iuris aut æquitatis, aut bonæ fidei, ſed miſerationis tantùm, vt & in *l. ſcripto 7. §. vlt.* D. *vnd. liber.* Videtur enim miſeratione dignus vẽditor, qui vrgente neceſsitate res ſuas, quas ſciat multò pluris eſſe, cogitur tamen viliſſimo pretio diſtrahere, nullum alioquin emptorem inuenturus. Ideóque parum, meo iudicio, intereſt an venditor ſciat rei ſuæ valorem, nécne. Tanto magis enim dignus eſt cuius leges miſereantur, qui contra quàm velit rem maioris pretij vendit minore. At emptoris qui multò pluris emit quàm res ſit, nihil cauſſæ eſt cur miſereamur. Stultitiæ enim potiùs id imputandum eſt, vt ait *l. 3. l. alienus.* D. *ad leg. falcid.* Stultis autẽ vix eſt vt vnquam ſubueniatur quomodo nec iis qui errant in iure cùm habeãt copiam iuriſperitorum, quos ſtultos vocat Iuriſc. in *l. regula. 9. §. pen.* D. *de iur. & fact. ignor.* Nec cõmunem 5 interpretum & pragmaticorum† errorem iuuat quod ſcriptum eſt in *§. ſed ſi emerit 9. l. 1.* D. *ſi quid in fraud. patr.* quo potiſsimum vtitur Ioãnes Robertus in Animaduerſionibus vt Cuiacij ſententiam impugnet. Etſi enim eo loco ratio eadem conſtituitur emptoris multo maiore pretio comparantis, & vẽditoris multo viliore diſtrahentis, id tamen pertinet ad actionem Fauianam quæ datur patrono in cuius fraudẽ alienatũ eſt, non autem ad propoſitam diſputationem, de qua nunquam Iureconſulti ne per ſomnium quidẽ cogitarũt. Et ratio diſſimilitudinis non obſcura illa eſt, quia quicquid in fraudem patroni factũ eſt à liberto, id reuocari æquum eſt, meliorémque eſſe conditionem patroni qui neque contraxit, neque fraudari potuit, quàm liberti qui ipſe emit aut vendidit, quíque ſibi ipſi non etiam patrono fraudem potuit facere. Quare nec dubitatur quin idẽ dicendum ſit, etiamſi læſio quæ in emptione vel venditione interuenit per fraudem liberti non excedat dimidiam iuſti pretij: cùm tamen ſit in confeſſo nec olim potuiſſe nec hodie poſſe reſcindi venditionem ex immodica læſione, ſi non vltra dimidiã venditor læſus ſit. Probátque potiùs ille locus, ſi ſubtiliùs intueare, nec venditori nec emptori ſuccurri debere ob ſolam immodicam læſionem: alioqui nihil eſſet neceſſe vt patrono per Fauianam & ex proprio iure ſuccurreretur, ſi ex perſona liberti ſuccurri ei poſſet, vt ſaltem ex bonis liberti haberet eam actionẽ quam libertus ipſe ſuo iure eſſet habiturus. Quod autem pro eodem pragmaticorum errore tuendo obiicitur de marito qui in re dotali pluris æſtimata circumſcriptus eſt, multò minùs ad rem pertinet, vt ex iis quæ proximo capite diximus intelligi poteſt. Et verò vſu ipſo euenire cernimus, vt rariſſimè emptor à venditore vltra dimidiam iuſti pretij decipiatur. Et ſi quando id euenit, vt plurimum ſit, dolo venditoris, qui haud dubiè æquitate ipſius iudicij ex empto quod bo-6 næ fidei eſt, vindicatur. Dolo nãque intercedente† nulla prorſus differentia eſt inter emptionẽ, venditionem, cæteróſque bonæ fidei cõtractus, & in omnibus generaliter eo caſu verũ eſt quod ait *l. 3. C. commun. vtr. iud.* in bonæ fidei iudiciis quod inæqualiter factũ eſſe cõſtiterit, in melius reformari. Nec ſolùm ſi vltra dimidiã iuſti pretij, ſed etſi longè minor læſio dummodò per dolũ al-7 terutrius cõtrahẽtiũ interuenerit. Ille verò multò grauior † & intolerabilior eorundẽ interpretũ & pragmaticorũ error eſt, quòd exiſtimant videri læſum emptorẽ vltra dimidiã iuſti pretij, ſi rem dignã 10. emerit 15. cùm tamẽ certiſſimum

ſimū ſit ad eiuſmodi læſionē inducendā neceſſariū eſſe, vt rē digna 10. emerit 21. vt eadem proportio ſeruetur in emptione quæ in venditione. Nemo enim dubitat quin venditor tū demū vltra dimidiā iuſti pretij læſus videatur cùm rem dignam 21. vendidit duntaxat 10. Iuſtum autem pretium ita ſuppleri per emptorem ſi offerat 21. non ſi dimidium aurei, cum decem, quamuis ſi ab initio decem cum dimidio dediſſet, venditori hodie non ſuccurretur. Alioqui fruſtra lex daret optionem emptori qui vtique mallet ſemper ſupplere quod deeſſet iuſto pretio quàm rem reddere. Similiter igitur è contrario dicendum eſt læſionem vltra dimidiam iuſti pretij ex parte emptoris interuenire cùm rem dignam decem emit 21. Venditorem verò illo caſu habere optionem debere, vtrum de medio malit vndecim remittere, an recepta re, quantum accepit, id eſt aureos 21. reddere. Idque iam antè nos rectè obſeruatum eſt nō tantùm à *Cuiacio*, ſed etiā à [redacted] qui ſi cū *Cuiacio* in iuriſprudētia conferatur, meo iudicio nullus hómo eſt. Quid tamē ſibi † [redacted] ve- 7
lit cùm ait emptori quidē ſubueniendū eſſe ex beneficio *d. l. 2.* ſed nō æquè ac venditori, ego planè non intelligo, niſi tantam [redacted] legis nouæ condendæ poteſtatem demus quantam Impp. Diocletianus & Maximianus habuerunt. Omninò enim aut lex illa Impp. ſeruanda eſt in emptore, aut nulla prorſ⁹. Quod aūt *Cuiaci⁹* poſt cæteros omnes idē admittit in locatore & permutatore quod in vēditore, quā falſū ſit, ex iis quæ mox dicem⁹ intelligitur.

ERROR OCTAVVS.

Si locator immodicè læſus ſit.

SVMMARIA.

1 Quatenus eadem fuerit olim ratio venditoris & locatoris.

2 Sicut ſuccurritur venditori læſo ex Impp. conſtitutione, ita & locatori ſuccurrendum videri pragmaticis.

3 Refutatio ſententia interpretū, & n. 5. & ſeq.

4 Leges iuris veteris correctoriæ non facilè extra ſuos fines ſunt trahendæ, ne quidem ex identitate rationis & æquitatis.

5 Iuſta merces & penſio in locatione præſertim fūdi ruſtici nōniſi ex fructuū modo cōſtitui poteſt.

6 Si in plures annos facta ſit locatio & primo anno aut nulli aut perexigui fructus percepti ſint, remiſſio tamen mercedis non prius fieri debet, quàm totum locationis tempus præterierit.

7 Læſio quæ facit locum beneficio legis ex eo tempore æſtimanda eſt quo contractum fuit, non quod ſubſecutum eſt.

8 Incerti euentus quantitatis & valoris fructuū percipiēdorū certa iuſtáq. æſtimatio nulla eſt.

9 Nō ſtatim certū iuſtūq; pretiū illud videri debet, quod in publica locationis auctione promiſſū eſt.

10 Differentia inter venditionem rei immobilis & locationem ratione æſtimationis rei venditæ & locatæ.

11 Æquitas cōtractuum nō eſt æſtimāda ex euentu.

12 Frumenti vel hordei mutuò dati acceſſiones cur etiam ex nudo pacto ſint præſtandæ.

13 Rationem propter quam ſuccurritur venditori læſo, ceſſare in locatore.

14 An in locatione vrbani prædij locum habeat quæ de incerta fructuū æſtimatione dicta ſūt.

15 Differētia inter vrbani & ruſtici prædij locationem. (dij quod in ruſtici.

16 Idem Iuris eſſe in locatione Vrbani præ-

17 Obiectio & eius diluitio.

DIXIMVS in ſuperiorib⁹, eandē † olim fuiſſe venditoris & locatoris 1
rationē, in eo quod ſicuti in vēditione & emptione, ita in locatione & cōductione licebat cōtrahentibus naturaliter ſe in pretio inuicē decipere, *l. in cauſſa 16. §. idē Pōponius. D. de minor. l. item ſi 22. §. vlt. D. locat. l. ſi volūtate 8. C. de reſcin. vēd.* & ideò neq; vēditori neq; locatori qui citra dolū immodicè læſus eſſet ſuccurſū fuiſſe æquitate iudicij bonæ fidei, vt fiebat in cæteris bonæ fidei iudiciis *l. & ideò 23. D. locat.* iunct. *l. 3. C. cōmū. vtriuſque iudi. l. 3. C. quib. ex cauſſ. maior. l. iure. 6. §. vlt. & l. ſi res 12. §. 1. D. iur. dot.* Eadem ratio facere videtur vt quemadmodū hodie ſuccurritur † venditori ex noua Diocletiani & Maximiani cōſtitutione ſi vltra dimidiā iuſti 2
pretij læſus ſit, hacten⁹ ſcilicet, vt emptor vel iuſtū pretiū ſupplere, vel rece-

pto pretio quod dedit,rem quam accepit reſtituere teneatur: Ita etiam loca-
tori in eodem caſu eadémque æquitatis ratione ſuccurri oporteat. Vterque
enim contractus bonæ fidei eſt,iiſdémque regulis conſiſtit,vt ſcriptum eſt in
l.2.D.locat. Eáq.conſentiens vox eſt interpretum omniũ, & pragmaticorum.
3 Mihi tamen valde ſuſpecta,† & vt liberè dicam quod ſentio,prorſus falſa:non
ideò duntaxat quòd noua lex de venditore tantum locuta ſit, non etiam de
4 locatore.Nouæ autem leges† iuris veteris correctoriæ non facilè extra ſuos
fines ſint trahendæ,ne quidem ex idenditate,vt loquũtur, rationis & æquita-
tis,vt à iure communi quàm minimùm fieri poteſt recedatur,ſed etiam quia
non video qua ratione aut quá viâ optio illa quam Impp. dederunt emptori,
vt iuſtum pretium ſupplere poſſit ſi velit, accommodari queat conductori,
5 præſertim fundi ruſtici.Siquidem iuſta † merces & penſio in locatione non
niſi ex fructuum modo conſtitui poteſt. Locatio enim eſt vice venditionis
fructuum, vt diximus *Decade.6. Error.* 6. At fructuum percipiendorum non
ſolùm modus,ſed etiam valor incertus eſt *l.ſi ea lege 17.l.oleo 23.Cod.de vſur.*
6 Vnde illud quoq; fit vt ſi in plures annos† facta ſit locatio,& primò anno aut
nulli,aut perexigui fructus percepti ſint,remiſſio tamẽ mercedis nõ prius fie-
ri debeat, quàm totum locationis tempus præterierit,vt ſciatur an primi anni
ſterilitas cum ſequentium vbertate cõpenſari poſſit *l.ex cõducto 15.§. Papinia-
nus alias.l.ſi vno anno D.locat.l.licet certis annis.8.C.eodem.* Eóque iure paſſim
vtimur. Quomodo igitur fieri poteſt vt locator ſe immodicè læſum
dicat & probet quantulacumque mercede locauerit priuſquam locationis
tempora effluxerint? Quod ſi id expectandum eſt,quis admittat ſuccurren-
dum eſſe locatori ex cauſſa immodicæ læſionis,cùm ea læſio† quæ locum face-
7 re poteſt beneficio legis ex eo præciſè tempore æſtimanda ſit quo contractũ
fuit,non quod ſubſecutum eſt *d.l.ſi voluntate.* Dices,poſſe læſionis huius cer-
tam rationem conſtitui æſtimato ex communi hominum æſtimatione dubio
illo euentu non modò quantitatis,ſed etiam valoris fructuũ percipiendorum:
Fateor dubium euentum æſtimari poſſe,vt in *lege propter ſpem 23.D.famil.er-
ciſcund.* aut cùm iactus retis emitur.*l.ſi iactũ 12.D.de actio.empt.l.nam hoc mo-
do 11. D. de hered. vel act. vendit.* Sed nego† incerti illius euentus poſſe vl-
8 lam certam iuſtámque eſſe æſtimationem, ſed pro certa iuſtáque habetur
quæcunque & quantulacunque facta eſt, quia ex cuiuſque opinione pendet,
non ex re ipſa quanti id ſit, quod quale quantumque futurum eſt nondum
apparet *l. vbi autem 75. D. de verb. obligat.* Atqui, inquies,ſi ea locatio fa-
cta eſſet publica auctione,multò amplior merces & ſupra dimidiam redigi
potuiſſet,adeóque fortaſſis ea lege vt conductor caſus fortuitos omnes in ſe
reciperet,nec vlla ex cauſſa mercedis remiſſionem poſtulare poſſet. Ita eſto,
9 nego conſequens † eſſe vt iuſtum certúmque pretiũ illud videri debeat:Quis
enim negabit fieri poſſe vt qui ea lege conduxerit, damnum ex conductio-
ne ſentiat?ſi fortè aut nulli fructus aut tam exigui prouenerint, vt ex eorum
pretio redigi conuenta merces non poſſit? At ex contrario potuit condu-
ctor lucrari, cedo, ſed mihi ad victoriam ſatis eſt quod potuerit etiam da-
mno adfici,vt inferam nõ poſſe locationis tam certam iuſtámque eſſe merce-
dem, vt locator certam læſionem poſſit obtendere propter quam æquum
ſit ei ſubueniri. Non enim quid locator communi euentus incerti æ-
ſtimatione redigere locando potuerit inſpiciendum eſt, ſed quid & quan-
tum ex fructibus percipere ſi fundum non locaſſet, hoc ipſum autem
omnino

omnino incertum eſt: nec deſunt plerique diligentes patresfamilias qui certam mercedem nullo remiſsionis faciendæ periculo obnoxiam longè præferant incerto lucro, quod ex fructuum perceptione multò vberius ſperare potuiſſent. In eóque manifeſtè differt † venditio rei immobilis à locatione. 10
Res enim immobilis quæ venditur ſicut certa præſénſque eſt, ita certam & præſentem habet æſtimationem, ex cuius comparatione iam inde ab eo ipſo die quo contractum eſt, ſciri poſſit an venditor læſus ſit vltra dimidiam iuſti pretij, nécne. Fructus autem rei locatæ quantumcumque ſpe vberrimi & quàm plurimos emptores nacturi, poſſunt reipſa & ex euentu tam parui eſſe, vt etiamſi minima mercede conducti eſſent, tamen conductor in damnum incideret, iuſtámque eorum æſtimationem conuenta merces ſuperaret. Quo caſu quis obſecro diceret iuſtam fuiſſe mercedem quæ eorum fructuum nomine promiſſa eſſet? Nec eſt contrarium quod dici ſolet, æquitatem † contractuum non ex euentu ſed potiùs ex initio æſtimandam, præſertim cùm quæritur an huic aut illi ſit ſubueniendum. Ex eo 11
namque infero quod volo, non igitur poſſe certiorem aut iuſtiorem vllã eſſe dubij euentus æſtimationem quàm quæ fit ab initio, quanta demum aut quantulacumque illa ſit, inſpecto ſcilicet eo, non ſolùm quot quantíque fructus percipi potuerint, ſed etiam quot quantíque potuerint non percipi. Denique hoc caſu ſpes quodammodo emitur, & periculum, quod vtrimque imminet ex maiore aut minore percipienda fructuum quantitate, tanti æſtimatur. Nec nouum eſt vt propter eam incertitudinem, & quantitatis & valoris fructuum percipiendorum deterior hac parte ſit conditio locatoris, cùm ex contrario interdum & melior ſit ob hanc eandem cauſſam creditoris conditio cui fructus huiuſmodi debentur, vt puta ſi de frumenti vel hordei mutuò dati acceſsionibus tractetur. Etſi enim fœnebris pecuniæ vſuras conſtat nõ deberi niſi ex ſtipulatione *l. Titius 24. D. de praeſcr. verb. l. 3. C. de vſur.* frumenti † tamen vel hordei mutuò dati acceſsiones etiã ex nudo pacto præſtan- 12
das eſſe placuit *l. frumenti 12. eod.* nimirum propter incerti pretij rationem, vt ait *dicta lex oleo 23. eod.* Fieri namque poteſt vt ea mora plus lucri adferat debitori quàm adferat damni obligatio acceſsionum, licèt alioqui vix ſit vt non videatur conditionem ſuam deteriorem facere is qui frumenti vel olei acceſſiones promittit, quas citra promiſſionem non deberet. Ac ſanè ſi verum eſt quod nos proximo capite probauimus, miſerationis † potiùs quàm aut 13
iuris, aut æquitatis, aut bonę fidei ratione ſuccurſum eſſe venditori quem neceſsitas rei familiaris ſolet plerumque adigere ad venditionẽ viliſsimo pretio faciendam, cur dicamus ſimiliter miſeratione dignum eſſe locatorem qui viliſsima mercede rem ſuam locauit? Nam vt taceam multò minus damni, & incommodi eſſe in locatione quàm in venditione, nec facilè pro re minimi & temporalis, vt ita dicam, præiudicij reſcindendum eſſe bonæ fidei contractum, quis non videt quàm diſpar ſit hac in re locatio à venditione? Quantumcumque enim prematur locator anguſtia rei familiaris cõductores multos inuenire poteſt, at venditor nonniſi perpaucos emptores propter periculum quod multò maius eſt grauioris damni incurrendi ſi ab egeno quis fundum comparet quàm ſi conducat: quia nec merces ſolui ex conductione ſolet niſi quandiu & quatenus conductori frui licet, pretium autem ex cauſſa emptionis ſtatim ſoluendum eſt ſi non ſtatim immineat periculum euictionis quantumcumque pauper ſit is qui vendidit *l. ſi poſt perfectam. C. de euict.*

Digitized by Google

14 Sanè in locatione † prædij vrbani paullò obſcurior res eſſe videtur, quoniam qui ex eo fructus percipitur certior eſt, cùm quotidie percipiatur, vt proinde ex comparatione eius qui in ipſo cõtractus die percipitur, facilè iniri poſ-
15 ſit iuſta mercedis totius anni æſtimatio. Nam & inde alia differentia † naſcitur inter locationem prædij vrbani & locationem ruſtici, quòd reconductio prædij ruſtici ex ſola taciturnitate in annum vnum facta intelligitur, vrbani verò non niſi ſingulos dies, *l. item quæritur* 13.*§.vltim.*D.*location.* Sed
16 magis eſt vt hac parte nihil † interſit, vtque viliore mercede facta locatio tenere debeat dum ne dolus intercedat *dict. l. & ideo.* 23. D. *location.l.ſi ea pactione* 14.*Cod. de vſur.* propter alias rationes quas ruſtici prædij locatori nocere diximus: item quia prædij vrbani fructus ab vſu patrisfamilias ſeparatus nullus eſt niſi qui ex locatione percipitur. Itaque cùm per locationem conſtituatur non pluris videri poteſt quàm quantus conſtituitur per locationem. Nec quòd prædium vrbanum alij pluris locari potuit, ad rem facit. Potuit enim contrà etiam fieri, vt aut nemini,aut minori mercede locaretur. Neque magis læditur qui prædium vrbanum quod alij locare potuit centum aureis,locauit tibi quadraginta, quàm qui pecuniam fœnebrem quã credere potuit ſub vſuris centeſimis, credidit ſub quincuncibus. Nam ſicuti pecunia, ſic prædium vrbanum res ſterilis eſt, nec vllos ex ſe fructus parit, ideóque quod ex ea re percipi poteſt, mero lucro imputandum eſt,non etiam damno, tametſi plus commodi ex locatione alij facta redigi potuerit. Inauditum verò eſt vt in lucro maioribus ſiue per in integrum reſtitutionem, ſiue qua alia ratione ſuccurratur. Id enim proprium ius eſt minorum, *l. ait prætor* 7. *§. hodie.* D. *de minor.* Intereſſe namque videtur eius duntaxat qui damnum paſſurus eſt, non eius qui lucrum facturus eſſet. *l.ſi is cui* 71. *§.* 1. *D. de furt.* Et hanc ſententiam probat non malè *dict. l.* 14. C.*de vſur.* ſi benè intueare,vt nos docebimus pluribus *Deca. proxim. in Error.*6. Nec ſen-
17 tentiæ noſtræ † aduerſatur quòd venditio & locatio iiſdem regulis conſtant *dict. l.* 2. *de locat.* Nam quod venditori vltra dimidiam iuſti pretij læſo ſuccurritur, non fit ex iuris regula, ſed contra iuris regulam, ex Impp. conſtitutione quæ de venditore tantùm, non etiam de locatore locuta eſt, vt ſuprà diximus.

ERROR NONVS.

Si in permutatione læſio immodica ex alterutra parte interuenerit.

SVMMARIA.

1 Permutationis & emptionis venditionis conuenientia.

2 In permutatione locum habere quoque beneficium legis 2. C. de reſc.vend. ſi interpretibus & pragmaticis fides.

3 Sententia Cuiacij de quæſtione an in permutatione locum habeat d.l.2.

4 Autoris ſententia negans & eius fulcimentum.

5 Permutatio eſt ſimilior diuiſioni quàm venditioni.

6 Differentiæ inter venditionem & permutationem

7 Cur permutatio emptionis vicem obtineat non venditionis.

8 Alienam eſſe l. 1. §. ſed ſi emerit. 13. D. ſi quid in fraud.patron.

9 Habet

HABET permutatio pleraque ſimilia,† & adfinitatem maximam cum emptione & venditione,quoniam origo emendi vendendique ab ipſis permutationibus cœpit,vt pluribus refert Paulus in *l.1. D. de contr. empt.* illa ſimilitudo præcipua eſt quòd ſicut emptio & venditio,ita permutatio bonæ fidei eſt, & vicē emptionis obtinere dicitur *l.2.C.de rer.permut.*inde fit vt neq; ex interpretibus, neq; ex pragmaticis† quiſquam dubitet,quin nouū illud ius quod ab imperatoribus in venditione inductum eſt,in permutatione quoque locum habeat, 2
id poſtulante eadem,vt putant & iuris & æquitatis ratione. Vel ob id magis, quod ſolo *Iacobo Cuiacio* excepto,cuius ſententiam nos in ſuperioribus probauimus,idem ius quod in venditore conſtitutū eſt,in emptore quoque conſtitutum volunt. *Cuiacius* verò † ne ſecum pugnantia dicere videatur,admittit 3
quidem in permutatione locum eſſe conſtitutioni, ſed ex ea parte inquit, qua permutatio venditionem,non qua emptionem imitatur. Me, † vt contrà ſentiam, perpetua illa ſibique conſtans ratio ſemper mouet, quòd neque lex 4
Imperatorum de permutatione locuta eſt, ſed tantùm de venditione, neque neceſſitas vlla fuit, propter quam Imperatores permutanti ſubuenire deberent aduerſus immodicam læſionem. Nam cùm permutatio ſit contractus bonæ fidei, neque tamen ex eorum numero in quibus naturaliter licet contrahentibus ſe decipere in precio (quia neque pretium in permutatione vllū eſt *l.1.D.de rer.permut.*neque inter permutantes tractatus ille precedit,quem in venditionibus precedere ait *lex ſi voluntate* 8. *Cod. de reſcindend. vendit.*) Conſequens eſt,vt ſi qua læſio & inequalitas interuenerit, ea corrigi poſſit equitate iudicij bonę fidei, nec extrinſeco egeat auxilio. Ex regula *l.3.C.commun.vtr.iud.l.3.C.quib.ex cauſ.maior.l.iure* 6.*§.vlt.l.ſi res* 12.*§.*1. *D.de iur.dot.*Quòd ſi is qui læſus fuit aut prior impleuerit vt actionē ex placito permutationis haberet *l.ex placito* 3.*C.de rer.permut.* aut agenti aduerſario cōſenſerit,atque ita implementum vtrimque ſubſecutū ſit, eſt ſanè quod ſibi imputet cur communi iuris beneficio vti noluerit,planéque indignus eſt ſi maior ſit annis vigintiquinque cui ſuccurratur,poſt duplicem conſenſum à ſe præſtitum, & cùm contraxit, & cùm contractum adimpleuit: Sicut de diuiſione ſcriptum eſt in *l.ſi inter* 8 *C.commun. vtriuſq; iudic.* Eſt enim permutatio † ſimillima diuiſioni potiùs quàm venditioni. Vtraq; enim emptionis vicē 5
obtinere dicitur, *l.1.C.eo.d.l.2.C.de rer.permut.* quod de venditione ſimiliter niſi ridiculè dici non poſſet. Ex placito permutationis nulla re ſecuta,niſi ſtipulatio interpoſita ſit,nulla naſcitur actio *d.l.ex placito,* quemadmodum neque ex placito diuiſionis *l.diuiſionis placitum* 45.*C.de pact.* Vtraque tamen actio bonæfidei eſt *d.l.3.C.commun.vtr.iudic.d.l.2.C.de rer.permut.* Denique vterque contractus perficitur traditione hinc inde facta *d.l.ſi inter.l.*4.5.7.*&* 8. *C.de rer.permu.*nec vlla inter diuiſionem & permutationem diſſimilitudinis ratio hac parte reddi poteſt,cùm tamen inter venditionem † & permutationē 6
ſint permultæ. Ei illa imprimis, quam diximus, quòd non ſicut in venditione ita & in permutatione licèt naturaliter contrahentibus ſe decipere. Itē quòd non ſicut plerumque venditor neceſſitate rei familiaris premitur vt rē ſuam quæ multò maioris pretij ſit,viliſſimo diſtrahere cogatur,ita & qui rem ſuam permutat. Non tam enim id agit qui permutat vt alienet,quàm vt acquirat, Ideóque minus dignus eſt,cui miſerationis,& vt Imperatorū verbo vtar, humanitatis intuitu ei ſuccurratur ex cauſſa ſolius immodicæ læſionis,ſicuti di-

Digitized by Google

ximus cum Cuiacio non eſſe ſuccurrendum emptori quantocumque pretio emerit, quia ſponte & vltrò ſiue prudens & ſciens, ſiue inſaniens accedit ad emptionem. Et hinc quoque pẽdet tertia & præcipua ratio propter quam vel Cuiacium ipſum poſſim cogere vt fateatur non idẽ iuris in permutatione quod in vẽditione cõſtituẽdũ eſſe, nimirum quia permutatio non vẽditionis ſed emptionis, vt diximus, vicẽ & inſtar obtinet, & quidẽ ex parte vtriuſque permutantis, licèt emptio ſine venditione nulla eſſe nec intellectu quidẽ percipi poſſit. Alioqui cùm in permutatione vtrimque omnia ſint æqualia, dici nõ poſſet ex vtrius potiùs perſona emptionis vicẽ gerere videretur. Cur verò
7 emptionis, †nõ vẽditionis? Quia, vt dixi, vtriuſque permutãtis animus ille eſt vt ſibi acquirat, nõ vt alienet. Quod enim vterque alienat, fit per conſequentiã, quia fieri aliter non poſſet, vt alter alterius rẽ haberet, quippe quam nolit dominus alienarẽ, niſi ea mente vt in eius locũ aliam ſibi comparet. Cùm enim is qui ab alio acquirit nihil habet quo viciſſim alius indigeat, pecunia nõ res pro re datur, túmq; emptio & vẽditio cõtrahitur, nõ permutatio *d. l.* 1. D. *de contr. emp. l. naturalis* 5. §. 1. *D. de praeſc. ver.* Quod ſi verũ eſt, vt eſt, permutationẽ emptionis vicẽ obtinere, non ergo obtinet vicẽ venditionis. Etſi eñim veteres emptionis venditioniſq; apellationibus promiſcuè vtebantur. *l. veteres* 19. D. *de act. empt.* conſtat tamen aliam eſſe venditionẽ, aliam emptionẽ, aliũ venditorẽ, alium emptorẽ, aliam denique venditi, aliam empti actionem *l. ex empto* 11. *& paſſ.* D. *eo.* nec proinde fieri poſſe vt vnus idẽmque cõtractus emptionis & venditionis iure cenſeatur. Atqui fatetur *Cuiacius*, & veriſſimũ eſt emptori qui vltra dimidiã iuſti pretij læſus eſt, non ſuccurri beneficio *l. 2. C. de reſcind. vend.* Ergo neque permutanti ſuccurretur, vel ob id maximè quòd ei aliũde ſatis ſuperque cõſulitur ſola æquitate ipſius iudicij quod bonæ fidei eſt ſi priuſquàm contractum impleat, iure ſuo vti velit, & officium iudicis implorare, vt quod inæqualiter factum fuit in melius reformetur. Et ridicula eſt illa diſtinctio vt etiam poſt implementum ſuccurratur permutãti, non tanquam emptori, ſed tanquam venditori, cùm emptoris tantùm,
8 non etiam venditoris partibus fungatur. Neque obſtat † quod in *l. 1. §. ſed ſi emerit. 13. D. ſi quid in fraud. patron.* eadem ratio conſtituitur venditionis, permutationis, & locationis, in illo etiam caſu de quo diſputamus, id eſt cùm in contractu læſio interuenit. Ad alium enim caſum locus ille pertinet, ad illum ſcilicet quo contractus à liberto inuitus fit in fraudem patroni. Parum namq; refert quomodo fraus patrono facta fuerit, an vendendo, an emendo, aut locando, aut permutando, aut quo alio contractus genere. Siquidem quicquid in patroni fraudem geſtum fuit, totum id per Fauianam actionem reuocari æquum eſt. Nos verò eum caſum tractamus quo quis non alij, ſed ſibi ipſi fraudem fecerit, in eóque contractuum iura prout cuiuſque natura fert diſtinguimus & ſeparamus.

ERROR DECIMVS.

Si aduerſus tranſactionem ex cauſſa læſionis immodicæ reſtitutio petatur.

SVMMARIA.

1 *Beneficium l. 2. C. de reſcind. vendit. ineptè produci ad contractus ſtricti iuris.*

2 *Præſertim ad tranſactionem.*

3 *Iure Pandectarum non potuit tranſactio reſcindi prætextu quantæuis læſionis.*

4 *Bona fide factas tranſactiones quas dicamus.*

5 *Ex natura rei de qua ſit tranſactio, conſici læſionem non poſſe, ita certa eſſe æſtimationum, vt propterea poßit tranſactio reſcindi.*

6 *Barsoli inepta traditio & eius confutatio.*

7 *Pragmaticorum ridicula ſententia de concipienda facti quæſtione quum reſciſsio tranſactionis pêtitur: & eius refutatio.*

8 *Non minor eſt autoritas tranſactionis, quàm rerum iudicatarum.*

9 *Pœna eorum qui aduerſus iuratam tranſactionem veniunt.*

10 *Conſtitutiones nouæ apud Gallos & Sabaudos de non reſcindendis tranſactionibus prætextu immodicæ læſionis.*

TOLERABILIOR eſſet interpretum & pragmaticorum
error, ſi quod nouo iure ab Imperatoribus conſtitutum eſt fauore venditoris læſi vltra dimidiam iuſti pretij, producerent ad cæteros duntaxat contractus venditioni ſimiles, id eſt qui bonæ fidei ſunt. Sed quod † creſcente paulatim audacia idem iuris indictum vo- 1
lunt, in contractibus quoque ſtricti iuris ferri meo iudicio nullomodo poteſt. Et illud multo minus, quod rationis loco addunt, contractus omnes hodie bonæ fidei cenſendos eſſe, quod quàm falsò & ridiculè ab iis dicatur, proxima decade oſtendemus. Ille nunc error nobis refellendus eſt qui mihi omnium maximus videtur, quòd etiam tranſactionem † ex cauſſa immodicæ 2
læſionis reſcindi poſſe arbitrantur. Quo quid dici poteſt, non dicam abſurdius, ſed toti etiam reipublicæ pernicioſius? Nam ſi reipublicæ intereſt; lites quæ in dies ferè ſingulos innumeræ emergunt, aut iudicato, aut tranſactione finiri, finitas autem bona fide, id eſt, non vi, non dolo, numquam reſtaurari, quemadmodum tot iuris locis ſcriptum eſt, quis erit obſecro litium finis, ſi ex cauſſa immodicæ læſionis tranſactiones reſcindi concedatur? Et verò ſi Pandectarum † ius inſpicias, conſtat non potuiſſe tranſactionẽ reſcindi præ- 3
textu læſionis, nec ſi ad quadruplum vſque læſio interueniſſet, *l. Lucius* 78. *§. vlt.D.ad S.C.Trebell.* Si verò Diocletiani & Maximiani conſtitutionem, quæ de venditore tantũ loquitur, quid in ea eſt ex quo poſſit cõiectura capi, quod idem conſtitutum voluerint in tranſactione? Tranſactiones enim licèt bona fide factas eſſe oporteat vt omnimodo defendantur, nec in integrum reſtitutionis periculo ſubiaceant ex capite edicti, *De dolo* aut *De eo quod met.cauſ.* tamen bonæ fidei contractus non eſſe nemo neſcit. Bona autem † fide factas 4
tranſactiones eas interpretamur, quę neque vim neque dolum habuerunt, tametſi ex iis læſio aliqua emerſerit. Nihil enim commune habet læſio cum mala fide, preſertim cùm de tranſactione tractatur, quia nihil prohibet quominùs prudenter & vtiliter feciſſe exiſtimandus ſit, qui litem execratus ex qua non minùs compendij quam moleſtię ſperare poterat, de toto negotio minima pecunia accepta tranſegerit. Nam & iuſta tranſactionis cauſſa illa eſſe creditur ſi à lite diſcedatur, imò & à litis metu, ſi fortè nulladum lis mota erat, ſed moueri tamen timebatur *l.2.C.de tranſact.* dummodò non dicis cauſſa & per calumniam ea lis inſtitueretur *l.ſumma* 65.§.1.*De condict.indeb.* Itaque generaliter conſtitutum eſt cauſſas & lites tranſactione finitas reſcripto imperiali reſuſcitari non oportere *l.cauſſas* 16.*C.de tranſact.* Quanto minùs igitur permittendum erit vt reſuſcitentur ſolo iudicis officio implorato? Aut quomodo fieri poterit, vt in iudicio ſtricti iuris officium iudicis imploretur? Et ſanè cùm tranſactionum † omnium ea natura & conditio ſit vt de re dubia ac incerta fieri debeant *l.1.D.eod.* læſionem verò certam eſſe oporteat, & quidem contractus tempore pręcisè inſpecto, vt nouę conſtitutioni locus eſſe poſſit *d.l.2.l.ſi voluntate* 8.*C.de reſ.in.vendit.* dici nullomodo poteſt qua

ratione aut quibus mediis reſcindi tranſactio poſſit ob ſolam immodicā læ-
ſionem. Fieri enim nequit vt res incerta certam habeat æſtimationem, *l. vbi
autem* 75. *D. de ver. oblig.* aut vt qui incertum ius remiſit aliquo accepto, quod
poterat non habere ſi iudicij caſum & euentum expectâſſet, læſus videatur *l.*
6 *de fideicommiſſo* 11. C. *de tranſact.* Quæ res materiam præbuit † Bartolo ſom-
niandi neſcio quid de immodica læſione quæ excedat dimidiam iuſti pretij,
inſpecto, inquit, etiam dubio euentu litis, vt difficiliùs tranſactionis quàm
cæterorum contractuum reſciſſio inducatur. Sed mihi videtur *Baldus* dixiſſe,
quod oportuit, qui ſtolidam hanc *Bartoli* ſubtilitatem truffam appellauit.
Quis enim dubium illum litis euentum æſtimare vnquam poſſit? Aut quis
æſtimabit niſi qui ſciet quis iudicij euentus futurus erat ſi tranſactum non
fuiſſet? Quis verò hoc ipſum ſciet, niſi qui de tota lite iam inſtructa tutò iu-
dicare poſſit? Denique ad dubium hunc litis euentum æſtimandum neceſſe
eſt de litis euentu tractari, in eámque rem refricari quæſtionem ipſam ſuper
qua tranſactum fuit, perinde ac ſi tranſactum nihil eſſet. Atque ita priùs
etiam quàm tranſactio reſciſſa ſit is ſtatus litis conſtituitur qui eſſet iam ob-
tenta reſciſſione. Fateor dubium euentum poſſe æſtimari propter ſpem *l.*
23. D. *famil. erciſc.* vt & iactum retis *l. ſi iactum* 12. D. *de act. empt.* aut cùm certo
pretio venditur hereditas, ſi qua ſit, vt in *l. nam hoc modo* 11. D. *de hered. vel act.
vendit.* Sed nego dubij euentus poſſe certam eſſe ęſtimationem, nec aliam
certiorem quàm quę primum pro ęſtimantis arbitrio conſtituta ſit, nec
proinde certam poſſe dici lęſionem quę ex huiuſmodi euentus dubij ęſtima-
tione inducatur. Et tamen fatentur omnes certam lęſionem eſſe debere, &
quidem inſpecto pręciſè tempore contractus vt proſit ad contractum quiſ-
quis ille ſit, reſciudendum. Sed in eo maximè ſuaues ſunt pragmatici, quod
7 putant † eum qui tranſactionem ex cauſſa immodicę lęſionis reſcindere ve-
lit, nihil egiſſe videri ſi in proponenda facti quęſtione allegauerit duntaxat ſe
lęſum fuiſſe vltra dimidiam iuſti pretij, niſi adiecerit etiam verba illa *etiam
inſpecto dubio litis euentu* quòd ea ſola lęſio iuſta, & ſufficiens videri poſſit
cùm agitur de contractu tranſactionis reſcindendo, nec tamen negant fieri
nō poſſe vt ea lęſio per teſtes probetur cùm ſit iuris magis quā facti, niſi Pa-
pinianū, Vlpianū, cęteróſq; Iurecōſultos ad teſtimoniū ea de re dicēdum ad-
uoces, itaque relinquunt eam arbitrio iudicis æſtimandam, vt ex dictis teſtiū
qui de ſimplici læſione vltra dimidiam teſtificati fuerint, colligat an tanta ſit
lęſio vt inſpecto etiam dubio litis euentu vltra dimidiam videri poſſit. Quo
ſenſu quid obſecro dici poteſt huiuſmodi lęſione incertius? Aut quis vnquam
audiuit facti probationem ex iure petēdam eſſe, aut arbitrio iudicis commit-
tendam? Ex facto ſiquidem ius oritur, non factum ex iure: & quamuis in ę-
ſtimāda probationum fide & autoritate, maximū iudicis arbitrium verſetur,
fieri tamen non poteſt vt ipſa probationum examinandarum ſubſtātia, id eſt,
ipſa facti veritas ex arbitrio iudicis pendeat. Alioquin non ſolùm ſuperuacuę
eſſent teſtationes, ſed ipſa quoque tota facti quęſtio, nec de facto, ſed de iure
tantùm apud iudicem quęri oporteret: quod tamen nemo vnquam dixit. De-
nique admiſſo Bartoli ſomnio, fieri nō poteſt vt litium finis vllus per tranſa-
ctionē conſtituatur. Nā ſi vel ſuper ipſa lite mota de reſcindenda tranſactio-
ctione ob immodicā lęſionē centies tranſactū eſſe proponas, eadē ſemper ca-
lumniandi cauſſa ſupererit ei qui ſępius litigare volet vt dicat lęſum ſe fuiſſe
vltra dimidiā inſpecto etiā dubio litis euentu, quouſque ſaltem dimidiū eius
rei

rei quam aut ſuam aut ſibi debitam eſſe contendebat pleniſſimè, id eſt, cum fructibus & expẽſis fuerit conſecutus. Atque ita fiet vt inter dubium,& certum,ſi quis tamen certus vnquam eſſe poteſt, litis euentum nihil planè interſit:& tranſactio ad inſtar cæterorum contractuum redigatur quos ex immodica læſione reſcindi poſſe placuit,nulla dubij illius euentus habita ratione. Quod tamen quàm ridiculum futurum ſit ex eo apparet quòd etiamſi error calculi ſemper exceptus intelligatur,etiam in tranſactione,ſi tamen ſuper ipſo calculi errore tranſactum ſit,tranſactio omnimodo tenet, nec noui erroris prætextu reſcindi poteſt, quamuis error ille,quia facti eſt non iuris, ſit inculpatiſſimus *l.vnic.C.de error.calcul.* quo loco, vt & aliis innumeris comparatur autoritas tranſactionis cum autoritate rei iudicatæ, vt intelligamus non minorem autoritatem † eſſe tranſactionum quàm rerum iudicata- 8
rum,quod his ipſis verbis expreſſum eſt in *l.non minorem* 20. C. *de tranſact.* imò maiorem eſſe tranſactionum ſcripſit Harmenopulus *lib.1.tit.10.* Atqui conſtat ſententiam reſcindi nõ poſſe prætextu quantæcunque læſionis. *l.vlt. toto tit.C.ſent.reſc.non poſſe*. Ergo neque permittendum eſt vt tranſactio inter maiores facta hoc prætextu reſcindatur. Et verò infamiæ & periurij pœna † nominatim in eos conſtituta eſt, qui veniunt aduerſus iuratam 9
tranſactionem ſiue interpellando iudicem, ſiue ſupplicando Principi, ſiue non implendo promiſſa *l.ſi quis maior 41.eod.* Quæ lex etſi durior plerisque videtur quàm vt in praxi admittenda ſit quod ad pœnas irrogandas, oſtendit tamen ſatis quanta vis & autoritas eſſe debeat tranſactionis, præſertim iuratæ, & in qua ineunda neque vis neque dolus interceſſerit. Ob id nimirum inuitis pragmaticis factum eſt conſtitutione regia † apud Gal- 10
los,apud nos autem edicto Diui Emanuelis Philiberti Principis noſtri,vt prætextu immodicæ adeóque enormiſſimæ læſionis, dummodò neque vis, neque dolus adſit,tranſactiones reſcindi prohibeantur:cùm vſu longo compertum eſſet non alia ferè de cauſſa tot litibus & iurgiis redundare tribunalia,quàm quòd prætextu huiuſmodi immodicæ læſionis permiſſa in integrum aduerſus tranſactiones reſtitutione nullus litium finis reperiretur. Sed quamquam nemo eſt qui edictum illud ſanctiſſimũ non laudet,vetus tamen ille & interpretũ & pragmaticorũ error non modò inuita iuriſprudentia:ſed inuito etiam Principe extorſit,vt nõ aliter rãta ſit †autoritas tranſactionum, 11
quàm ſi actis publicis inſinuatæ ſint, inſinuari autem ante trigeſimum diem elapſum ex quo factæ ſunt,non poſſint.Ita fit vt ante diem illum trigeſimum non quidem pœnitentiæ locus ſit quomodo rudiores plerique exiſtimãt,ſed tamen ſaluum ſit ius petendæ reſtitutionis contra tranſactionem ex capite enormis læſionis,id eſt,quæ excedat dimidiam iuſti pretij inſpecto etiã dubio litis euentu.Ideóque nec mirũ eſt ſi Sabaudia noſtra tot & tantis,quot quantiſque vix alia gens vlla litibus diuexetur.Scio moueri Bartolum & quotquot Bartoli ſententiam ſequuntur duobus præcipuè iuris locis ex *l.ſi quis. cum aliter 36.D.de verb. oblig. & l.ſi ſuperſtite 5.C.de dolo.* Sed quàm parum ij loci ad rem faciant probauimus in *error.9. Decadis primæ* tam apertè, vt hic repetere operæ pretium non eſſe arbitremur.

ANTONII FABRI IC.

DECAS NONA.

ERROR PRIMVS.

De bona ſide quæ in contractibus omnibus exigitur.

SVMMARIA.

1 *Perperam ſtatuere pragmaticos omnes contractus eſſe bonæ fidei, ex eo quod bonam fidem in contractibus conſiderari æquum eſt.*

2 *Quid denotetur, cùm dicitur bonam fidem in contractibus omnibus conſiderari debere.*

3 *Dolus aliter vindicatur in iudiciis bonæ fidei, aliter in ſtrictis.*

4 *In bonæ fidei iudiciis condemnatio fit ex æquitate & bona fide: in ſtrictis verò iudex formulæ præcisè addictus eſt.*

5 *Ex contractibus bonæ fidei præſtationes fiunt multò ampliores quàm ex ſtrictis.*

6 *Inſcitia Ioannis Imberti omnes cõtractus bonæ fidei eſſe apud Chriſtianos aſſerentis.*

7 *Non rectè incuſari Paulũ & Vlpianum, quòd ſcripſerint in emptione & vẽditione, itémque in locatione & conductione naturaliter licere contrahentibus ſe decipere in quantitate pretij aut penſionis.*

8 *Veteres prudentes & iuris autores in iis quæ ad mores pertinent fuere cum Chriſtiana religione prorſus conſentientes.*

9 *Aurea Papiniani ſententia.*

10 *Conſtitutionem l. 2. C. de reſcind. vend. ineptè proferri ad omnes contractus.*

BONAM fidem in contractibus conſiderari æquum eſt, inquit
l. bonam fidem 4. C. *de obligat. & action.* Sed vereor ne non ſa-
1 tis bona fide faciant pragmatici † qui ex eo colligunt contra-
ctus omnes eſſe bonæ fidei, aut ex recentioribus & politio-
ribus nonnulli, qui ex eadem lege inferunt non ita magni
momenti habendam eſſe differentiam contractuum bonæ fidei, & ſtricti
iuris. Nihil enim eſt in iure noſtro frequentius & ſcitu dignius vel vtilius
quàm obſeruatio differentiarum quæ ſunt inter contractus ſtristi iuris, &
eos quos bonæ fidei appellamus. Quas qui neſcit, eum neceſſe eſt in omni
iuris parte deſipere, aut prudentibus ipſis qui eas tam multas támque accu-
ratè explicant, prudentiorem eſſe. Ergo cùm dicimus bonam fidem in con-
2 tractibus † omnibus conſiderari debere, non illud ſignificamus, quod pra-
gmatici volunt, contractus omnes eſſe bonę fidei, aut pro bonæ fidei cõtra-
ctibus habẽdos, ſed contractibus omnibus cõmune illud eſſe, vt ex bona fide
omnia, nihil ex mala inter cõtrahentes agi oporteat. Malã.n. fidem quę potiſ-
ſimùm ex vi & dolo inducitur leges omnes execrãtur, nec vnquã patiũtur ra-
tũ eſſe quod per vim dolúmve extortũ eſt, ſiue bonę fidei, ſiue ſtricti iuris cõ-
tractus proponatur. Hactenus nimirũ vt tam in his quàm in illis cõtractibus
3 vindicetur dolus. Sed tamẽ aliter † in bonę fidei iudiciis, aliter in ſtrictis. Nã
in bonę fidei iudiciis vindicatur dolus ipſius iudicij ęquitate, neq; doli exce-
ptio neceſſaria eſt. Id.n. eſt quod dici ſolet bonæ fidei iudiciis doli exceptio-
nes ineſſe *l. ſed etſi ideo* 21. D. *ſolut. matr. l. huiuſmodi* 84. *§. qui ſeruũ de legat.* 1.
At in ſtrictis iudiciis, id eſt, quæ ex cõtractu ſtricti iuris exercẽtur, neceſſaria
eſt doli exceptio, alioqui ex natura iudicij & ex lege cõtractus cõdemnari o-
porteret eum, qui tamen ex æquitate & bona ſide non eſſet condemnandus,
4 nempe quia in bonæ fidei † iudiciis condemnatio fit ex fide bona, & quod æ-
quius melius videtur, iudex ſequi poteſt ex præſcripto ipſo formulæ quæ dat
ei la-

ei laxiſſimas habenas æquitatis & diiudicandæ & ſequendæ. In ſtrictis verò vſque adeò addicitur iudex formulæ, vt ab ea ne latum quidem vnguem recedere poſſit. Itaque ſi appareat Lucium Titium Mæuio ſtipulanti ſpopondiſſe, aut à Mæuio centum mutuò accepiſſe, nec formula contineat exceptionem pacti aut doli, nihil aliud facere iudex poteſt, niſi vt Lucium Titiũ condemnet, quamuis videat non deeſſe æquitatem quæ pro eo faciat ſi pacti vel doli exceptio ſubiecta fuiſſet. Quod nos pluribus explicauimus *li.* 15. *Coniect. iur. ciuil. cap.* 1. & attigimus aliis pleriſque locis. Sed & differentia magna eſt in præſtationibus, quoniã ex contractibus † bonæ fidei præſtationes fiunt multò ampliores & vberiores quàm ex ſtrictis; Sic ferente ſcilicet natura contractuum & iudiciorum bonæ fidei, cùm ex contrario in ſtrictis nec ipſa bona fides aut æquitas patiatur vt tam amplæ & vberes præſtationes fiant. Quis .n. ferat pecuniæ ex ſtipulatu debitæ vſuras à die moræ tam facilè deberi quàm ſi depoſiti aut mandati iudicio peterentur? Aut tam fauorabiliter citra morã & ſtipulationem adiudicandas ex mutuo, quàm adiudicantur venditori ob non ſolutum pretium ab emptore qui rei venditæ fructus percepit? Hæc verò omnia cur tam variè? niſi quia actiones ex cauſſa depoſiti vel mandati, vel venditi competentes bonæ fidei ſunt, condictiones verò ex mutuo aut ex ſtipulatu ſunt ſtricti iuris. Cùm autem omnes hæ differentiæ & aliæ innumeræ huiuſmodi adhuc ſint in quotidiano vſu forenſi, ipſis etiam pragmaticis non reluctantibus, planè non video qua fronte poſſint illi dicere, contractus omnes hodie eſſe bonæ fidei, nullos ſtricti iuris. Nec ſanè poſſum facere quin mirer inſcitiam viri alioquin docti, & inter pragmaticos Gallos elegãtiſſimi Ioannis Imberti, † cui in enchiridio venit in mentem ſcribere nõ cõuenire 6
viro Chriſtiano credere alios hodie vllos eſſe contractus quàm qui bonæ fidei ſint, proptereà quòd fraudem dolúmque omnem à contractibus noſtris abeſſe oporteat, vt Chriſtiani & nominemur & ſimus. Quaſi verò nõ perinde exoſam fraudem habuerint veteres iuris Romani conditores, quos videmus tot propoſitis edictis & cautionibus id vnum maximè egiſſe ne quis ex dolo ſuo lucrum ſentiret, neque ſua fraus cuiquam patrocinaretur. Non abſimiliter vir quidam magni nominis Vlpianum † & Paulum incuſabat quòd 7
ſcripſiſſent, ille in *l. in cauſſa* 16. *§. idem Pomponius* D. *de mino.* hic in *l. item ſi pretio* 22. *§.* 1. D. *loc.* in emptione & venditione, itémque in locatione & cõductione naturaliter licere contrahentibus ſe decipere in quantitate pretij aut penſionis: quaſi non idem ſcripturi fuerint ſi Chriſtiani fuiſſent. Nec animaduertebat vir minimè malus, Iureconſultos iis locis non de ea deceptione ſenſiſſe quæ adnexum habeat dolum malum, vt apertiſſimè conſtat ex *l. & ideò* 23. D. *locat.* ſed de ſolertia illa, quam in contrahendo adhibere ſolent quotquot ſunt venditores, emptores, locatores, conductores, vt in eo tractatu qui hos contractus præcedit alter alterius conſenſum eliciat, quanto facere poteſt commodo ſuo & lucro: Idque tam naturale eſt, id eſt à natura inſitum omnibus vendituris aut empturis, locaturis vel conducturis, ex natura quoque ipſa huiuſmodi contractuum, vt nec aliter hodie fiant venditiones & locationes inter Chriſtianos, more certè à noſtris moribus non improbato. Nec enim Chriſtiana religio prudentiam & ſolertiam ex hominum conſortio tollit, ſed tantùm ne quid per fraudem dolóve malo fiat prohibet. Fuerũt veteres prudẽtes † & iuris noſtri autores in iis quę ad mores pertinent cum 8
Chriſtiana religione prorſus conſentientes, & eius probitatis tuẽdę, ſine qua

ſocietas humanæ conſeruari nequeat, tam ſtudioſi & religioſi vt mirari quis perſæpe non immeritò poſſit tam impios & planè ethnicos homines tam piè
9 locutos fuiſſe. Teſtis eſto, ne cæteras congeram, aurea † illa Papiniani ſentẽtia quæ extat in *l. ſi venditor 6. in fin. D. de ſeru. export.* *Viro bono non conuenire credere venditoris intereſſe quòd animo ſæuientis ſatisfactum non eſſet.* Item illa quæ in *l. ſeq.* in eundem ſenſum, licèt aliis verbis, *cum beneficio adfici hominem interſit hominis, enimuerò pœna non irrogata indignatio ſolam duritiam cõtinet.* Quid enim potuit meliùs ſcribere, aut Chriſtiano homine dignius magnus ille Auguſtinus, qui commune gentium omnium ius eſſe ſcripſit vt ament amicos, proprium verò Chriſtianorum, vt ament etiam inimicos, ſed hoc obiter & præter morem noſtrum, extra rem. Valeant igitur qui dicunt contractus omnes ſiue ciuili ſiue Pontificio iure, aut ex Chriſtianis moribus
10 bonæ fidei cenſendos eſſe, nullos ſtricti iuris. Item qui ex eo inferũt † conſtitutionem Impp. Diocletiani & Maximiani in *l. 2. C. de reſcin. vendit.* quæ venditori immodicè læſo ſubuenit, producendam eſſe ad cæteros omnes contractus qui bonæ fidei ſunt, vt rurſum inferant, produci ergo debere ad eos etiã qui ſunt ſtricti iuris, adeóque ad tranſactiones, quaſi & ij quoque contractus qui ſtricti iuris ſunt, contractuum bonæ fidei iure cenſeantur, quomodo Imbertus in enchiridio, ineptè proculdubio & inſulsè argumentatur. Totam enim iuriſprudentiam peruerti neceſſe eſt, aut differentiam quæ olim fuit inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris, adhuc ſupereſſe.

ERROR II.

De exceptionibus & replicationibus doli quæ bonæ fidei iudicium facere, aut bonæ fidei iudiciis ineſſe creduntur.

SVMMARIA.

1 Error pragmaticorum & interpretum Iuris putantium exceptionem doli oppoſitam facere iudicium bonæ fidei quod antea fuerat ſtrictum: item replicationes doli bonæ fidei iudiciis ineſſe.

2 Vtriuſque erroris reiectio & confutatio remiſſiuè.

REFVTATO pragmaticorum errore illo tam craſſo, quo defendunt eſſe hodie bonę fidei contractus omnes, alius nobis refellendus nunc eſt, proximè accedens ad ſuperiorem, ſed tamen tantò dignior animaduerſione noſtra, quantò ſubtilior eſt, nec pragma-
1 ticis tantùm, ſed doctiſſimis etiam pleriſque viris acceptior. Putãt † enim exceptionem doli oppoſitam facere iudicium bonę fidei quod antea fuerit ſtrictum ex *l. Seia 42. D. de don. cauſ. mort.* Itémque replicationes doli, quòd exceptiones ſint, bonæ fidei iudiciis ineſſe, ſicut & cæteras doli exceptiones ex *l. aduerſ. 3. C. de except.* Quod vtrumque placet *Iacobo Cuiacio lib. 3. obſeru. cap. 17.*
2 & *lib. 8. cap. 16.* Nos contra defendimus † fieri nullo modo poſſe vt exceptio doli oppoſita faciat iudicium bonæ fidei quod prius fuit ſtricti iuris, aut vt replicationes doli inſint bonæ fidei iudiciis, quomodo inſunt exceptiones? Vtrumque multis magniſque rationibus, quas nos tam latè & diligenter explicauimus *lib. 14. Coniect. cap. 18. & 19.* vt hîc repetere nil ſit neceſſe. Locum indicaſſe ſufficiat, vnde haurire poſſint iuris ſtudioſi, quibus operã nauamus, nõ ſolũ quid alij ſentiãt, ſed etiã quid ſentiẽdũ nobis videatur. Eſt. n. tractatus hic ex apicibus iuris, in quo nihil pragmaticos vidiſſe, minùs ideò mirãdũ eſt.

ERROR

ERROR TERTIVS.

De actione de dolo, quæ bonæ fidei iudiciis ineſſe dicitur.

SVMMARIA.

1 *Actio de dolo omnibus bonæ fidei iudiciis ineſt.*

2 *Quoties actio de dolo exerceri poteſt, non ſequitur bonæ fidei iudicio locum eſſe.*

3 *Vulgò malè creditur actionem de dolo competere non poſſe quoties alia actio competere poteſt.*

4 *Vera ſententia l. 1. C. de dolo. aduerſus Accurſium & Cuiacium defenſa.*

5 *Explicatur l. ſi ſeruus. 21. D. de euiction.*

6 *Quomodo accipiendum illud, tum maximè ex empto teneri venditorem, cùm eius dolus interceſſit.*

7 *Quando iudicium bonæ fidei poſſit eſſe pro actione de dolo.*

8 *Quid deceperit Cuiacium & alios in interpretatione l. 1. C. de dol.*

9 *Quando actionem de dolo polliceatur prætor, ſi alia actio non ſit.*

10 *In omnibus actionibus directis in quibus agitur de fide rupta etiam in litem iuratur.*

11 *Cur in ſpecie l. 1. C. de dol. detur actio de dolo.*

DE exceptionibus & replicationibus doli diximus quæ bonæ fidei
iudiciis ineſſe exiſtimantur. Dicendum nunc aliquid eſt de actio-
ne *De dolo*. Nam & hæc bonæ fidei † iudiciis omnibus ineſſe 1
creditur, & verum eſt: vt ex eo apparet, quòd illo etiam caſu quo
ceſſat actio *De dolo*, & competit ſubſidiaria in factum temperanda propter
honorem eius contra quem agitur, ſic concipienda eſt actio vt bonæ fidei
mentio fiat, *l. non debet* 11. *in fin. D. de dolo*. Sed tamen quomodo id acci-
piendum ſit non omnes intelligunt. Nam ſi quis putet † poſſe iudicio bo- 2
næ fidei locum eſſe quoties actioni de dolo locus eſſe poſſet, is proculdubio
errauerit. Fieri enim facilè poteſt vt iudicium bonæ fidei nullum ſuperſit
& tamen ob dolum in bonæ fidei contractu admiſſum de dolo agi oporteat.
Vt puta ſi contractui iam ſatisfactum ſit ex vtraque parte: & tamen dolus al-
terutrius contrahentium in contrahendo interuenerit. Finge dolo malo
Titij perſuaſum te, non vt ei fundum venderes, ſed vt viliſſimo pretio ven-
deres, nec tantùm venditionem ſubſecutam eſſe, ſed etiam traditionem ex
parte tua, pretij verò ſolutionem ex parte Titij; non poteſt actio venditi ſuf-
ficere, imò nec tibi competere ad reſcindendam venditionem, ſed neceſſaria
in integrum reſtitutio ex capite De *dolo*, quæ ipſa nihil aliud quàm prætoria
de dolo actio eſt *l. dolus* 10. *C. de reſcind. vendit.* Quid ergo? Quandiu ſupereſt
iudicium bonæ fidei quod exerceri poſſit, neque actio de dolo, neque vlla in
integrum reſtitutio neceſſaria eſt, ſed ſufficit actio ex bonę fidei cõtractu ad
dolum vindicandum, qui ſenſus eſt *l. ſi dolo* 5. *l. ſi voluntate* 8. *C. eod.* & eorum
quæ nos ſcripſimus *Decade ſuperiore in errorem primum*. Extincto verò iu-
dicio quod fit cùm ex vtraque parte contractui ſatisfactum eſt, non alia ratio
ſupereſt doli vindicandi quam ſi actio de dolo proponatur. Alioqui dicendũ
eſſet nullo caſu competituram in integrum reſtitutionem ex capite doli vel
metus aduerſus bonæ fidei contractũ, quod tamen apertiſſimè falſum eſt, &
plerisq; legibus quę ſunt ſub titulis *De eo quod met. cauſ.* & *De dolo* D. & C.
ex diametro cõtrariũ. Rurſus ſi quis dicat quod ab omnibus dici audio, actio-
nẽ de dolo † cõpetere nõ poſſe quoties actio alia, pręſertim [illegible] bonę fidei ſit, 3

Digitized by Google

cōpetere poteſt, is certè meo iudicio malè ſenſerit. Obſtabit. n. perquàm euidēter *lex prima C. de dolo*. in cuius ſpecie, id eſt, cùm fideiuſſor à creditore pignora emit, & oblata quantitate ſortis & vſurarum dominiū cū fructibus reſtituere recuſauit, nemo dubitat quin mandati actio quæ bonæ fidei eſt, cōtra ipſum in eam rem competat. *l. ſi mandato* 59. §. 1. D. *mandat.* Et tamen quia fidem rumpit debitori pro quo ſoluit, & cuius nomine pignora ſibi reddi, non vendi curare debuerat, poſſe cōtra eum agi de dolo, ſcriptum eſt in *d. l.* 1. C. *de*
4 *dolo*. Quam legem † etſi ſcio à *Ioanne Azone* & *Accurſio*, quos *Iacobus Cuiacius* ſecutus eſt *li. 3. obſer. c. 37.* acceptā eſſe de actione mādati quæ propter dolum competat, mihi tamē durius id videtur quàm vt poſſit admitti. Nam vt prætermittam rationē illam quæ ex rubrica ipſa ſumi poteſt, quia negat *Cuiacius* ſub eo titulo collocari debuiſſe, quis obſecro vnquam dixit actionem De dolo pro actione mādati quæ ob dolū competat? Nam & ſi dolus nullus intercedat, mandati plerunque agi poteſt, propriúmque ius eſt depoſitarij vt non niſi ex dolo conueniri poſſit. Deinde cùm legis ratio ſic concepta ſit *ne fidei rupta gratia poßit de dolo actio exerceri*, ſi verba illa *de dolo* intelligas quomodo illi intelligūt *doli nomine*, An nō perinde inſulſa fuerit ratio acſi ſcriptū eſſet *ne fidei rupta gratia doli nomine poßit actio exerceri?* Nā quid aliud ſignificāt verba illa *fidei rupta gratia* niſi hoc ipſum *doli nomine*, niſi fortè quis putat perfidiam (ſic enim appellat Vlpianus *in l. furti 6. §. vlt. de his qui notāt. infam.*) poſſe eſſe ſine dolo? Nec ſimile eſt quod *Cuiacius* adducit ex *l. ſi ſeruus 21. de euict.* quaſi eo loco Vlpianus cùm ſcripſit *de dolo malo agi poterit ſi dolus interceſſerit*, de actione ex empto ſenſerit quæ danda ſit ratione doli. Etſi enim admitterē, quod nego, poſſe eo ſenſu donari Vlpianum, tamē cōſequēs nōn eſſet eandē interpretationem Imperatoribus conuenire. Nihil enim erat apud Vlpianum ex quo poſſet colligi vēditorem doli nomine teneri debere, itaque nihil in ea interpretatione inſulſi eſt, aut incommodi, ſi ea verba
5 *de dolo* interpretemur *ob dolum*. Sed nego ſic Vlpianum † intelligi poſſe. Nam ſi ſeruus venditus traditus ſit emptori, & deceſſerit antequā euinceretur, puto nō ſolùm ſtipulationē duplæ nō cōmitti, vt apertè Vlpianus ſcribit, quia nemo eum euincit, ſed fatum humanæ ſortis, at neque ex empto teneri quamuis dolo malo, id eſt, ſciens alienū vendiderit. Nihil enim ob eam cauſſam abeſt emptori, cùm etſi ſeruus ille venditoris fuiſſet, perinde deceſſiſſet. Scio non eſſe nouum vt deficiente actione ex ſtipulatu duplę, agi poſſit ex empto, quia hæc plenior eſt, nec certas vllas habet conditiones *l. non tamen* 24. *l. ſi ei*
6 *cui* 41. *in princip & §.* 1. D. *eod.* neque rurſum ignoro † tum maximè cùm dolus venditoris interceſſit, ex empto eum teneri *l. ex empto* 11. *& paſſ.* D. *de action. emp.* ſecundū id quod iam diximus actionē de dolo bonę fidei iudiciis ineſſe: ſed dico tum id fieri cùm aut res nondum tradita, aut cùm poſt traditionem euicta eſt, aut cùm ex alia cauſſa emptor rem habere videtur, puta quòd litis æſtimationem exſoluerit, aut ex legati cauſſa, alio denique quàm emptionis iure rem habere cœperit, nē etiam cùm res fato ſuo periit poſt traditionem ante euictionem. Nihil enim tum ſupereſt propter quod iudicium ex empto ſupereſſe debere videatur. Sed tamen quia ęquum non eſt impunitum manere dolum venditoris, qui ſciēs & decipiendi emptoris gratia ſeruū alienum vendidit, nulla ratio eſt cur non de dolo teneatur. Et hoc etiam conuenit ei
7 quod modò dicebamus, non ſemper iudiciū † bonę fidei poſſe eſſe pro actione de dolo, ſed tum duntaxat cùm aliquid ſupereſt præſtandum ex cōtractu,

propter

propter quod iudicium bonæ fidei exerceri adhuc poſsit. Vnum eſt quod &
veteres,& recentiores interpretes † omnes feſellit,vt in *d.l.*1.*C.de dolo* non pu- 8
tauerint dari poſſe actionem de dolo, id nimirum quod *in l.ſeq. ſcriptum eſt*,
De dolo actionem ita demum permitti cauſſa cognita, ſi alia actio non ſit.
Nam cùm in propoſita ſpecie dubitari non poſsit quin mandati actio compe-
tat, vt Paulus ſcripſit in *d. l. ſi mandatu* 59. §.1.D. *mandat.* conſequens omni-
no videtur actionem de dolo concedi nullomodo debere. Sed inueſtigare
& animaduertere debuerunt qua ratione factum ſit à prætore, vt hanc † de 9
dolo actionem ita polliceatur ſi alia actio non ſit, rationem Vlpianus docet
in *l.*1.§. *ait prætor* D. *eod.quoniam*,inquit,*famoſa actio nõ temerè debuit à prætore
decerni ſi ſit ciuilis vel honoraria qua actor poſsit experiri.* Ergo ſi alia quàm
quæ de dolo actio competit æquè ſit famoſa, nihil cauſſæ eſt cur non æquè
facilè prætor actionem de dolo concedere debeat, cùm non magis eius qui
conuenitur, quàm actoris interſit hoc caſu vtra actio proponatur. Atqui
actio mandati directa quæ debitori competit aduerſus fideiuſſorem, perinde
atque actio ipſa de dolo infamiam irrogat condemnato *l.*1.*l.furti* 6.§.*manda-
ti.* D. *de his qui notant. infam.* quoniam in directa actione mandati, & aliis
huiuſmodi bonę fidei actionibus directis agitur de fide rupta *l. ei apud quem*
5. *in princip.* D.*depoſit. l. ad comparandas* 16. *Cod.mandat.* id eſt, vt idem Vl-
pianus loquitur in *d. l. furti* §. *vltim. de perfidia.* quæ nihil niſi inſignis dolus
eſt. Non quidem in omnibus vt *Cuiacius* ſentire videtur, ſed in iis tantùm
actionibus quas Prætor expreſsit verbis edicti *De his qui notant. infam.* id eſt
Pro ſocio, tutelæ, mandati,depoſiti *l.*1.D.*eod.ill.tit.* Quamquam enim etiam
is qui vendidit, nec rem tradit, fidem rumpere dicitur in *l. non videbitur* 35.
D. ſtatulib. dici tamen non poteſt contra eum agi de fide rupta, ex empto,
nec ſimiliter ex vendito contra emptorem qui in ſoluendo pretio rei ven-
ditæ & traditæ moram facit. Ob idque nec in his actionibus empti & vendi-
ti iuratur in litem, vt probauimus *lib.* 6.*Coniect.iur.ciuil. cap.*17.cùm tamen
in actionibus † omnibus directis in quibus agitur de fide rupta etiam in li- 10
tem iuretur, quemadmodum non obſcurè Vlp. tractat in *d. l. ei apud quem.*
Directas enim hìc intelligimus ad differentiam contrariarum, in quibus
nec de fide rupta agitur, nec conſequenter de irroganda infamia, ſed tantùm
de calcudo, vt ait *d. l.furti* §.*vltim.* & *l.Sabinus* 29. D.*de dolo.* Etſi non ex di-
rectis omnibus irrogatur inſamia, licèt in omnibus agatur de fide rupta
& ideò iuretur etiam in litem, vt puta in directa commodati, & pignorati-
tia, & aliis ſi quæ ſunt ſimiles, quatuor enim illæ, quas prætor expreſsit,
habent neſcio quid eminentioris perfidiæ ex parte eius qui fidem rumpit.
Actiones autem venditi & empti ſunt æquè directæ, neutra contraria: igi- 11
tur vt ad mandati † actionem de qua agimus, redeamus, cùm ſit illa ex
earum numero quæ infamant, non poteſt dici cur debeat impedire actio-
nem de dolo aduerſus eum qui non modò doloſè, ſed etiam perfidè egit.
Tantóque minus habet fideiuſſor quod conqueratur in ſpecie *d. l.* 1.C. *de do-
lo*, quòd lex non ponit dari rectã actionem de dolo contra fideiuſſorem, ſed
tum demum cùm interpellatus vt accepta ſorte cum vſuris fundum cum fru-
ctibus redderet, recuſauit. Quo caſu ſanè apertior & odioſior dolus eſt, o-
mnimodo per actionem famoſam; quæcumque tandem illa ſit, vendicandus,
quia fideiuſſor in omni contractu qui ex cauſſa fideiuſsionis pendeat, bonam
fidem præſtare debet *d. l.ſi mandatu* 59.§.1. *mandat.* Non enim extranei em-

ptoris loco ſubſtitutus videtur, ſed eius qui pignora accepit vt ſcriptum eſt in *l. Paulus reſpondit* 59. D. *de fideiuſſ.* De quo tamen ſequenti capite paullò latiùs nobis diſſerendum eſt. Conſequenter non fuit cur Triboniano ſuccenſere Cuiacius debuerit quòd ea lex prima poſita ſit ſub titulo De dolo, quaſi debuerit potiùs collocari ſub titulo mandati, ad quam ſanè nihil pertinet cùm debitor aduerſus fideiuſſorem mauult agere De dolo quàm mandati.

ERROR QVARTVS.

De fideiuſſore qui pignora debitoris emit à creditore.

SVMMARIA.

1 *Species l.1.C.de dol.*
2 *Ratio d.l.*
3 *Conciliatio d.l.1.Cod.de dol. & l.ſi mandatu.59.§.1.D.mandat. cum l. cùm ſecundus. 5.§.1. D.de diſtract.pign.*
4 *Emendatio d.l.1.C.de dol.*
5 *In ſpecie d.l.1.condemnandum eſſe fideiuſſorem ſiue iudicio mandati ſiue actione de dolo, vt fructus omnes quos percepit reſtituat ſimul cum fundo, viciſſimque pretium à ſe datum cum vſuris conſequatur.*
6 *Diſtinctio quam ex Molinæo adhibent pragmatici in ſpecie propoſita.*
7 *Ratiocinationis Molinæi & diſtinctionis pragmaticorum refutatio.*

POSTVLAT vtilitas huius quæſtionis vt à nobis tota res diligentiùs exponatur, præſertim verò quia pertinet ad interpretationem legis primæ *C.de dolo*, de qua proximo capite dicere cœpimus. Verba legis hæc ſunt, *ſi fideiuſſor à creditore pignora*
1 *emerit, oblata quantitate ſortis & vſurarum, tibi dominiũ cũ fructibus quos bona fide percepit, conſultiùs reſtituet, ne fidei ruptæ gratia de dolo poſſit actio exerceri.* Eadem ſpecies eſt quam Paulus tractat in *l. ſi mandatu* 59. *§.1.D.mandat.* Idémque ius niſi quòd mandati actionem Paulus dat contra fideiuſſorem, Imperatores verò de dolo. Sed non ſunt hæc contraria, quoniam in debitoris eiuſdémque actoris electione & arbitrio eſt vltra malit experiri, cùm vtraque ſit eiuſdem poteſtatis, eundémque effectum habeat, etiam quod ad infamiam irrogandam: vt in ſuperioribus diſputauimus. V-
2 triuſque verò loci ratio † ex eodem Paulo traditur *l. Paulus reſpondit* 59. *De fideiuſſ.* quia fideiuſſor in quem pignora debitoris tranſlata ſunt, ſiue à cõfideiuſſoribus, ſiue à creditore non emptoris extranei loco ſubſtitutus videri debet, ſed eius qui pignora accepit, ideóque, inquit, rationem haberi oportet, & fructuum & vſurarum, ita ſcilicet vt condemnetur fideiuſſor debitori ad fructus omnes à ſe perceptos reſtituendos, viciſsim verò debitor fideiuſſori ad præſtandas vſuras pecuniæ quam is pro liberandis pignoribus im-
3 pendit. Nec eſt contrarium † quod Marcianus ſcribit in *l. cum ſecundus* 5. *§. 1. D. de diſtract. pignor.* fideiuſſorem hoc caſu pignora iure emptionis tenuiſſe videri. Nam cùm re vera emerit, negari non poteſt quin tenuerit iure emptionis, ſed tamen quia emit contra bonam fidem, non alio quàm malæ fidei emptionis iure cenſeri poteſt ſi emptionem obiicere velit debitori. Ideóque lex ne quicquam ab eo mala fide geſtum ſuſpicetur, mauult de eo ſic ſentire quaſi pignora emerit liberandorum duntaxat eorum gratia, non etiam ſui negotij gerendi cauſſa, ac proinde eo animo, vt in creditoris duntaxat, aut confideiuſſorum iura ſuccederet, non vt ſibi quicquam iuris proprij aduerſus

debitores

Digitized by Google

debitorem compararet. Alioqui non poſſe huiuſmodi emptionem fieri bo-
na fide, Paulus diſertè docèt in *d.l. ſi mandatu §. 1.* vbi poſteaquàm reſpondit
fideiuſſorem hunc pignora cum fructibus reſtituere cogendum neque extra-
neo emptori ſimilem habendum eſſe, rationem ſtatim reddit *cum in omni cō-
tractu bonam fidem præſtare debeat*. In omni, ſcilicet contractu qui ex cauſſa fi-
deiuſſionis pendeat, in ea ſiquidem fideiuſſor eſt veluti procurator debito-
ris, nec proinde ex re debitoris lucrum vllum captare debet occaſione ſuſce-
pti mandati, ſiue ratione fructuum, ſiue alia in re *l. idémque 10. §. idem
Labeo ait. D. mandat.* Atqui contractus hic emptionis quo de agimus, pen-
det ex cauſſa fideiuſſionis. Potuit enim fideiuſſor vrgeri ad ſolutionem de-
biti pro debitore, non alio vtique iure quàm quia fideiuſſerat: ſolutione
autem facta non ſolùm liberatus fuit debitor, ſed etiam per conſequentias,
pignora quæ proinde curare debuerat fideiuſſor ſibi reddi, non vendi, mox
contraria mandati actione totum debitum cum vſuris, & legitimis acceſſio-
nibus à debitore repeiturus. Hæc cùm ita ſint, miror non fuiſſe animaduer-
ſum mendum † quod eſt in *d. l. C. de dolo* in illis verbis *cum fructibus quos bona* 4
fide percepit, in quibus manifeſtum eſt deeſſe negationem, legendúmque *quos
non bona fide percepit*: quod & ſequens eiuſdem legis ratio euidentiùs indi-
cat *ne fidei rupta gratia de dolo poßit actio exerceri*. Quis enim bona fide per-
ceptos fructus dicat qui percepti ſint rupta fide, & quos reſtitui oporteat
per actionem de dolo? Nam quòd eos percepit titulo emptionis, facere non
poteſt, vt bona fide percepiſſe videatur, cùm ob hoc ipſum quod emit rem
debitoris, cuius erat in ea ipſa re procurator, perfidè egerit & malam fi-
dem pro bona præſtiterit. Etſi non inficior poſſe fieri beneficio & iure re-
ſtitutionis in integrum, vt eos quoque fructus qui bona fide percepti ſunt
cùm re ipſa reſtitui ſit neceſſe, quia bona fides inducit duntaxat ius acqui-
rendorum fructuum, non etiam retinendorum, vt à nobis diſputatum eſt
lib. 3. Coniectur. iur. ciuil. cap. 17. Sed nego poſſe id contingere in ea reſtitutio-
ne quæ conceditur ex capite edicti De dolo, quia cùm non detur niſi con-
tra eum ipſum qui dolum admiſit, fieri certè non poteſt, vt qui dolo malo
rem nactus eſt, videri debeat poſſeſſor bonę fidei quod ad fructus. Poſſeſſo-
rem enim bonæ fidei cùm dicimus, non fructuum, ſed ipſius fundi ex quo
fructus percipiuntur poſſeſſorem ſignificamus. Vtcunque ſit, apparet in
ea ſpecie † quam nos tractamus condemnandum eſſe fideiuſſorem ſiue iudi-
cio mandati, ſiue actione de dolo, vt fructus omnes quos percepit reſtituat
ſimul cum fundo, viciſſimque pretium à ſe datum cum vſuris conſequa-
tur. Et tamen non poſſunt pragmatici ſibi perſuadere tam facilè & indi-
ſtinctè id eſſe recipiendum. Diſtinguunt † enim an debitum à fideiuſſore per- 6
ſolutum ſimplex fuerit an vſurarium: & quod lex ait fructus eſſe reſtituen-
dos, non aliter admittunt, quàm ſi ſimplex debitum fuerit, non etiam ſi vſu-
rarium. Eiúſque diſtinctionis autorem laudant *Carolum Molinæum* virum
ſanè magno ingenio, nec ad iuriſprudentiam malè natum, ſi opiniones ſuas
ex iuris ratione, non iuris rationem prudentúmque ſententias ex opinione
ſua æſtimare didiciſſet. Is in libro illo quem de vſuris conſcripſit, primus,
quod ſciam, docuit diſtinctionem hanc inter debitum, quod vocat ſimplex
& vſurarium, nec dubitat quin fideiuſſor ſuos fructus facere debeat quos per
cepit ex re pignorata: quaſi id fiat nullo incommodo & damno debitoris,
qui æquè fructus illos amiſſurus erat ſi à creditore percepti fuiſſent. Moue-

Google

ratione aut quibus mediis reſcindi tranſactio poſſit ob ſolam immodicā læ-
ſionem. Fieri enim nequit vt res incerta certam habeat æſtimationem, *l. vbi
autem 75. D. de ver. oblig.* aut vt qui incertum ius remiſit aliquo accepto, quod
poterat non habere ſi iudicij caſum & euentum expectaſſet, læſus videatur *l.*
6 *de fideicommiſſo* 11. C. *de tranſact.* Quæ res materiam præbuit † Bartolo ſom-
niandi neſcio quid de immodica læſione quæ excedat dimidiam iuſti pretij,
inſpecto, inquit, etiam dubio euentu litis, vt difficiliùs tranſactionis quàm
cæterorum contractuum reſciſſio inducatur. Sed mihi videtur *Baldus* dixiſſe,
quod oportuit, qui ſtolidam hanc *Bartoli* ſubtilitatem truffam appellauit.
Quis enim dubium illum litis euentum æſtimare vnquam poſſit? Aut quis
æſtimabit niſi qui ſciet quis iudicij euentus futurus erat ſi tranſactum non
fuiſſet? Quis verò hoc ipſum ſciet, niſi qui de tota lite iam inſtructa tutò iu-
dicare poſſit? Denique ad dubium hunc litis euentum æſtimandum neceſſe
eſt de litis euentu tractari, in eámque rem refricari quæſtionem ipſam ſuper
qua tranſactum fuit, perinde acſi tranſactum nihil eſſet. Atque ita priùs
etiam quàm tranſactio reſciſſa ſit is ſtatus litis conſtituitur qui eſſet iam ob-
tenta reſciſſione. Fateor dubium euentum poſſe æſtimari propter ſpem *l.*
23. D. *famil. erciſc.* vt & iactum retis *l ſi iactum* 12. D. *de act. empt.* aut cùm certo
pretio venditur hereditas, ſi qua ſit, vt in *l. nam hoc modo* 11. D. *de hered. vel act.
vendit.* Sed nego dubij euentus poſſe certam eſſe ęſtimationem, nec aliam
certiorem quàm quę primùm pro ęſtimantis arbitrio conſtituta ſit, nec
proinde certam poſſe dici lęſionem quę ex huiuſmodi euentus dubij ęſtima-
tione inducatur. Et tamen fatentur omnes certam lęſionem eſſe debere, &
quidem inſpecto pręciſè tempore contractus vt proſit ad contractum quiſ-
quis ille ſit, reſciudendum. Sed in eo maximè ſuaues ſunt pragmatici, quod
7 putant † eum qui tranſactionem ex cauſſa immodicę lęſionis reſcindere ve-
lit, nihil egiſſe videri ſi in proponenda facti quęſtione allegauerit duntaxat ſe
lęſum fuiſſe vltra dimidiam iuſti pretij, niſi adiecerit etiam verba illa *etiam
inſpecto dubio litis euentu* quòd ea ſola lęſio iuſta, & ſufficiens videri poſſit
cùm agitur de contractu tranſactionis reſcindendo, nec tamen negant fieri
nō poſſe vt ea lęſio per teſtes probetur cùm ſit iuris magis quā facti, niſi Pa-
pinianū, Vlpianū, cęteróſq; Iurecōſultos ad teſtimoniū ea de re dicēdum ad-
uoces, itaque relinquunt eam arbitrio iudicis æſtimandam, vt ex dictis teſtiū
qui de ſimplici læſione vltra dimidiam teſtificati fuerint, colligat an tanta ſit
lęſio vt inſpecto etiam dubio litis euentu vltra dimidiam videri poſſit. Quo
ſenſu quid obſecro dici poteſt huiuſmodi lęſione incertius? Aut quis vnquam
audiuit facti probationem ex iure petēdam eſſe, aut arbitrio iudicis commit-
tendam? Ex facto ſiquidem ius oritur, non factum ex iure: & quamuis in ę-
ſtimāda probationum fide & autoritate, maximū iudicis arbitrium verſetur,
fieri tamen non poteſt vt ipſa probationum examinandarum ſubſtātia, id eſt,
ipſa facti veritas ex arbitrio iudicis pendeat. Alioquin non ſolùm ſuperuacuę
eſſent teſtationes, ſed ipſa quoque tota facti quęſtio, nec de facto, ſed de iure
tantùm apud iudicem quęri oporteret: quod tamen nemo vnquam dixit. De-
nique admiſſo Bartoli ſomnio, fieri nō poteſt vt litium finis vllus per tranſa-
ctionē conſtituatur. Nā ſi vel ſuper ipſa lite mota de reſcindenda tranſactio-
ctione ob immodicā lęſionē centies tranſactū eſſe proponas, eadē ſemper ca-
lumniandi cauſſa ſupererit ei qui ſępius litigare volet vt dicat lęſum ſe fuiſſe
vltra dimidiā inſpecto etiā dubio litis euentu, quouſque ſaltem dimidiū eius
rei

Digitized by Google

rei quam aut ſuam aut ſibi debitam eſſe contendebat pleniſſimè, id eſt, cum fructibus & expẽſis fuerit conſecutus. Atque ita fiet vt inter dubium,& certum,ſi quis tamen certus vnquam eſſe poteſt, litis euentum nihil planè interſit:& tranſactio ad inſtar cæterorum contractuum redigatur quos ex immodica læſione reſcindi poſſe placuit,nulla dubij illius euentus habita ratione. Quod tamen quàm ridiculum futurum ſit ex eo apparet quòd etiamſi error calculi ſemper exceptus intelligatur,etiam in tranſactione,ſi tamen ſuper ipſo calculi errore tranſactum ſit,tranſactio omnimodo tenet, nec noui erroris prætextu reſcindi poteſt, quamuis error ille,quia facti eſt non iuris, ſit inculpatiſſimus *l.vnic.C.de error.calcul.*quo loco, vt & aliis innumeris comparatur autoritas tranſactionis cum autoritate rei iudicatæ, vt intelligamus non minorem autoritatem † eſſe tranſactionum quàm rerum iudicatarum,quod his ipſis verbis expreſſũ eſt in *l.non minorem* 20. C. *de tranſact.* imò maiorem eſſe tranſactionum ſcripſit Harmenopulus *lib.1.tit.*10. Atqui conſtat ſententiam reſcindi nõ poſſe prætextu quantæcunque læſionis. *l.vlt. toto tit.C.ſentent.reſc.non poſſe.* Ergo neque permittendum eſt vt tranſactio inter maiores facta hoc prætextu reſcindatur. Et verò infamiæ & periurij pœna † nominatim in eos conſtituta eſt, qui veniunt aduerſus iuratam tranſactionem ſiue interpellando iudicem, ſiue ſupplicando Principi, ſiue non implendo promiſſa *l.ſi quis maior* 41.*eod.* Quæ lex etſi durior pleriſque videtur quàm vt in praxi admittenda ſit quod ad pœnas irrogandas, oſtendit tamen ſatis quanta vis & autoritas eſſe debeat tranſactionis, præſertim iuratæ, & in qua ineunda neque vis neque dolus interceſſerit. Ob id nimirum inuitis pragmaticis factum eſt conſtitutione regia † apud Gallos,apud nos autem edicto Diui Emanuelis Philiberti Principis noſtri,vt prætextu immodicæ adeóque enormiſſimæ læſionis, dummodò neque vis, neque dolus adſit,tranſactiones reſcindi prohibeantur:cùm vſu longo compertum eſſet nòn alia ferè de cauſſa tot litibus & iurgiis redundare tribunalia,quàm quòd prætextu huiuſmodi immodicæ læſionis permiſſa in integrum aduerſus tranſactiones reſtitutione nullus litium finis reperiretur. Sed quamquam nemo eſt qui edictum illud ſanctiſſimũ non laudet,vetus tamen ille & interpretũ & pragmaticorũ error non modò inuita iuriſprudentia:ſed inuito etiam Principe extorſit,vt nõ aliter rata ſit †autoritas tranſactionum, quàm ſi actis publicis inſinuatæ ſint, inſinuari autem ante trigeſimum diem elapſum ex quo factæ ſunt,non poſſint.Ita fit vt ante diem illum trigeſimum non quidem pœnitentiæ locus ſit quomodo rudiores plerique exiſtimãt,ſed tamen ſaluum ſit ius petendæ reſtitutionis contra tranſactionem ex capite enormis læſionis,id eſt,quæ excedat dimidiam iuſti pretij inſpecto etiã dubio litis euentu.Ideóque nec mirũ eſt ſi Sabaudia noſtra tot & tantis,quot quantiſque vix alia gens vlla litibus diuexetur.Scio moueri Bartolum & quotquot Bartoli ſententiam ſequuntur duobus præcipuè iuris locis ex *l.ſi quis. cum aliter* 36.*D.de verb. oblig. & l.ſi ſuperſtite* 5.*C.de dolo.* Sed quàm parum ij loci ad rem faciant probauimus in *error.*9. *Decadis primæ* tam apertè, vt hic repetere operæ pretium non eſſe arbitremur.

8 9 10 11

ANTONII FABRI IC.

DECAS NONA.

ERROR PRIMVS.

De bona fide quæ in contractibus omnibus exigitur.

SVMMARIA.

1 *Perperam ſtatuere pragmaticos omnes contractus eſſe bonæ fidei, ex eo quod bonam fidem in contractibus conſiderari æquum eſt.*

2 *Quid denotetur, cùm dicitur bonam fidem in contractibus omnibus conſiderari debere.*

3 *Dolus aliter vindicatur in iudicijs bonæ fidei, aliter in ſtrictis.*

4 *In bonæ fidei iudicijs condemnatio fit ex æquitate & bona fide: in ſtrictis verò iudex formulæ præcisè addictus eſt.*

5 *Ex contractibus bonæ fidei præſtationes fiunt multò ampliores quàm ex ſtrictis.*

6 *Inſcitia Ioannis Imberti omnes cõtractus bonæ fidei eſſe apud Chriſtianos aſſerentis.*

7 *Non rectè incuſari Paulũ & Vlpianum, quòd ſcripſerint in emptione & vẽditione, itémque in locatione & conductione naturaliter licere contrahentibus ſe decipere in quantitate pretij aut penſionis.*

8 *Veteres prudentes & iuris autores in ijs quæ ad mores pertinent fuere cum Chriſtiana religione prorſus conſentientes.*

9 *Aurea Papiniani ſententia.*

10 *Conſtitutionem l. 2. C. de reſcind. vend. ineptè proferri ad omnes contractus.*

BONAM fidem in contractibus conſiderari æquum eſt, inquit
l. bonam fidem 4. C. *de obligat. & action.* Sed vereor ne non ſa-
1 tis bona fide faciant pragmatici † qui ex eo colligunt contra-
ctus omnes eſſe bonæ fidei, aut ex recentioribus & politio-
ribus nonnulli, qui ex eadem lege inferunt non ita magni
momenti habendam eſſe differentiam contractuum bonæ fidei, & ſtricti
iuris. Nihil enim eſt in iure noſtro frequentius & ſcitu dignius vel vtilius
quàm obſeruatio differentiarum quæ ſunt inter contractus ſtricti iuris, &
eos quos bonæ fidei appellamus. Quas qui neſcit, eum neceſſe eſt in omni
iuris parte deſipere, aut prudentibus ipſis qui eas tam multas támque accu-
ratè explicant, prudentiorem eſſe. Ergo cùm dicimus bonam fidem in con-
2 tractibus † omnibus conſiderari debere, non illud ſignificamus, quod pra-
gmatici volunt, contractus omnes eſſe bonę fidei, aut pro bonæ fidei cõtra-
ctibus habẽdos, ſed contractibus omnibus cõmune illud eſſe, vt ex bona fide
omnia, nihil ex mala inter cõtrahentes agi oporteat. Malã.n. fidem quę potiſ-
ſimùm ex vi & dolo inducitur leges omnes execrãtur, nec vnquã patiũtur ra-
tũ eſſe quod per vim dolúmve extortũ eſt, ſiue bonę fidei, ſiue ſtricti iuris cõ-
tractus proponatur. Hactenus nimirũ vt tam in his quàm in illis cõtractibus
3 vindicetur dolus. Sed tamẽ aliter † in bonę fidei iudiciis, aliter in ſtrictis. Nã
in bonę fidei iudiciis vindicatur dolus ipſius iudicij ęquitate, neq; doli exce-
ptio neceſſaria eſt. Id.n. eſt quod dici ſolet bonæ fidei iudiciis doli exceptio-
nes ineſſe *l. ſed etſi ideo* 21. *D. ſolut. matr. l. huiuſmodi* 84. *§. qui ſeruũ de legat.* 1.
At in ſtrictis iudiciis, id eſt, quæ ex cõtractu ſtricti iuris exercẽtur, neceſſaria
eſt doli exceptio, alioqui ex natura iudicij & ex lege cõtractus cõdemnari o-
porteret eum, qui tamen ex æquitate & bona fide non eſſet condemnandus,
4 nempe quia in bonæ fidei † iudiciis condemnatio fit ex fide bona, & quod æ-
quius melius videtur, iudex ſequi poteſt ex præſcripto ipſo formulæ quæ dat
ei la-

Digitized by Google

ei laxiſſimas habenas æquitatis & diiudicandæ & ſequendæ. In ſtrictis verò vſque adeò addicitur iudex formulæ, vt ab ea ne latum quidem vnguem recedere poſſit. Itaque ſi appareat Lucium Titium Mæuio ſtipulanti ſpopondiſſe, aut à Mæuio centum mutuò accepiſſe, nec formula contineat exceptionem pacti aut doli, nihil aliud facere iudex poteſt, niſi vt Lucium Titiū condemnet, quamuis videat non deeſſe æquitatem quæ pro eo faciat ſi pacti vel doli exceptio ſubiecta fuiſſet. Quod nos pluribus explicauimus *li.* 15. *Coniect. iur. ciuil. cap.* 1. & attigimus aliis pleriſque locis. Sed & differentia magna eſt in præſtationibus, quoniā ex contractibus † bonæ fidei præſtationes fiunt mul- 5
tò ampliores & vberiores quàm ex ſtrictis; Sic ferente ſcilicet natura contractuum & iudiciorum bonæ fidei, cùm ex contrario in ſtrictis nec ipſa bona fides aut æquitas patiatur vt tam amplæ & vberes præſtationes fiant. Quis .n. ferat pecuniæ ex ſtipulatu debitæ vſuras à die moræ tam facilè deberi quàm ſi depoſiti aut mandati iudicio peterentur? Aut tam fauorabiliter citra morā & ſtipulationem adiudicandas ex mutuo, quàm adiudicantur venditori ob non ſolutum pretium ab emptore qui rei venditæ fructus percepit? Hæc verò omnia cur tam variè? niſi quia actiones ex cauſſa depoſiti vel mandati, vel venditi competentes bonæ fidei ſunt, condictiones verò ex mutuo aut ex ſtipulatu ſunt ſtricti iuris. Cùm autem omnes hæ differentiæ & aliæ innumeræ huiuſmodi adhuc ſint in quotidiano vſu forenſi, ipſis etiam pragmaticis non reluctantibus, planè non video qua fronte poſſint illi dicere, contractus omnes hodie eſſe bonæ fidei, nullos ſtricti iuris. Nec ſanè poſſum facere quin mirer inſcitiam viri alioquin docti, & inter pragmaticos Gallos elegātiſſimi Ioannis Imberti, † cui in enchiridio venit in mentem ſcribere nō conuenire 6
viro Chriſtiano credere alios hodie vllos eſſe contractus quàm qui bonæ fidei ſint, proptereà quòd fraudem dolúmque omnem à contractibus noſtris abeſſe oporteat, vt Chriſtiani & nominemur & ſimus. Quaſi verò .nō perinde exoſam fraudem habuerint veteres iuris Romani conditores, quos videmus tot propoſitis edictis & cautionibus id vnum maximè egiſſe ne quis ex dolo ſuo lucrum ſentiret, neque ſua fraus cuiquam patrocinaretur. Non abſimiliter vir quidam magni nominis Vlpianum † & Paulum incuſabat quòd 7
ſcripſiſſent, ille in *l. in cauſſa 16. §. idem Pomponius* D. *de mino.* hic in *l. item ſi pretio* 22. §. 1. D. *loc.* in emptione & venditione, itémque in locatione & cōductione naturaliter licere contrahentibus ſe decipere in quantitate pretij aut penſionis: quaſi non idem ſcripturi fuerint ſi Chriſtiani fuiſſent. Nec animaduertebat vir minimè malus, Iureconſultos iis locis non de ea deceptione ſenſiſſe quæ adnexum habeat dolum malum, vt apertiſſimè conſtat ex *l. & ideò* 23. D. *locat.* ſed de ſolertia illa, quam in contrahendo adhibere ſolent quotquot ſunt venditores, emptores, locatores, conductores, vt in eo tractatu qui hos contractus præcedit alter alterius conſenſum eliciat, quanto facere poteſt commodo ſuo & lucro: Idque tam naturale eſt, id eſt à natura inſitum omnibus vendituris aut empturis, locaturis vel conducturis, ex natura quoque ipſa huiuſmodi contractuum, vt nec aliter hodie fiant venditiones & locationes inter Chriſtianos, more certè à noſtris moribus non improbato. Nec enim Chriſtiana religio prudentiam & ſolertiam ex hominum conſortio tollit, ſed tantùm ne quid per fraudem dolóve malo fiat prohibet. Fuerūt veteres prudētes † & iuris noſtri autores in iis quę ad mores pertinent cum 8
Chriſtiana religione prorſus conſentientes, & eius probitatis tuēdę, ſine qua

ſocietas humana conſeruari nequeat, tam ſtudioſi & religioſi vt mirari quis perſæpe non immeritò poſſit tam impios & planè ethnicos homines tam piè
9 locutos fuiſſe. Teſtis eſto, ne cæteras congeram, aurea † illa Papiniani ſentẽtia quæ extat in *l. ſi venditor 6. in fin. D. de ſeru. export. Viro bono non conuenire credere venditoris intereſſe quòd animo ſæuientis ſatisfactum non eſſet*. Item illa quæ in *l. ſeq.* in eundem ſenſum, licèt aliis verbis, *cum beneficio adfici hominem interſit hominis, enimuerò pœna non irrogata indignatio ſolam duritiam cõtinet.* Quid enim potuit meliùs ſcribere, aut Chriſtiano homine dignius magnus ille Auguſtinus, qui commune gentium omnium ius eſſe ſcripſit vt ament amicos, proprium verò Chriſtianorum, vt ament etiam inimicos, ſed hoc obiter & præter morem noſtrum, extra rem. Valeant igitur qui dicunt contractus omnes ſiue ciuili ſiue Pontificio iure, aut ex Chriſtianis moribus
10 bonæ fidei cenſendos eſſe, nullos ſtricti iuris. Item qui ex eo inferũt † conſtitutionem Impp. Diocletiani & Maximiani in *l. 2. C. de reſcin. vendit.* quæ venditori immodicè læſo ſubuenit, producendam eſſe ad cæteros omnes contractus qui bonæ fidei ſunt, vt rurſum inferant, produci ergo debere ad eos etiã qui ſunt ſtricti iuris, adeóque ad tranſactiones, quaſi & ij quoque contractus qui ſtricti iuris ſunt, contractuum bonæ fidei iure cenſeantur, quomodo Imbertus in enchiridio, ineptè proculdubio & inſulsè argumentatur. Totam enim iuriſprudentiam peruerti neceſſe eſt, aut differentiam quæ olim fuit inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris, adhuc ſupereſſe.

ERROR II.

De exceptionibus & replicationibus doli quæ bonæ fidei iudicium facere, aut bonæ fidei iudiciis ineſſe creduntur.

SVMMARIA.

1 Error pragmaticorum & interpretum Iuris putantium exceptionem doli oppoſitam facere iudicium bonæ fidei quod antea fuerat ſtrictum: item replicationes doli bonæ fidei iuditiis ineſſe.

2 Vtriuſque erroris reiectio & confutatio remiſſiuè.

REFVTATO pragmaticorum errore illo tam craſſo, quo defendunt eſſe hodie bonę fidei contractus omnes, alius nobis refellendus nunc eſt, proximè accedens ad ſuperiorem, ſed tamen tantò dignior animaduerſione noſtra, quantò ſubtilior eſt, nec pragmaticis tantum, ſed doctiſſimis etiam pleriſque viris acceptior. Putãt † enim
1 exceptionem doli oppoſitam facere iudicium bonę fidei quod antea fuerit ſtrictum ex *l. Seia 42. D. de don. cauſ. mort.* Itémque replicationes doli, quòd exceptionęs ſint, bonæ fidei iudiciis ineſſe, ſicut & cæteras doli exceptiones ex *l. aduerſ. 3. C. de except.* Quod vtrumque placet *Iacobo Cuiacio lib. 3. obſeru. cap. 17.*
2 *& lib. 8. cap. 16.* Nos contra defendimus † fieri nullo modo poſſe vt exceptio doli oppoſita faciat iudicium bonæ fidei quod prius fuit ſtricti iuris, aut vt replicationes doli inſint bonæ fidei iudiciis, quomodo inſunt exceptiones: Vtrumque multis magniſque rationibus, quas nos tam latè & diligenter explicauimus *lib. 14. Coniect. cap. 18. & 19.* vt hìc repetere nil ſit neceſſe. Locum indicaſſe ſufficiat, vnde haurire poſſint iuris ſtudioſi, quibus operã nauamus, nõ ſolũ quid alij ſentiãt, ſed etiã quid ſentiẽdũ nobis videatur. Eſt. n. tractatus hic ex apicibus iuris, in quo nihil pragmaticos vidiſſe, minùs ideò mirãdũ eſt.

ERROR

Digitized by Google

ERROR TERTIVS.

De actione de dolo, quæ bonæ fidei iudiciis ineſſe dicitur.

SVMMARIA.

1 *Actio de dolo omnibus bonæ fidei iudiciis ineſt.*

2 *Quoties actio de dolo exerceri poteſt, non ſequitur bonæ fidei iuditio locum eſſe.*

3 *Vulgò malè creditur actionem de dolo competere non poſſe quoties alia actio competere poteſt.*

4 *Vera ſententia l. 1. C. de dolo. aduerſus Accurſium & Cuiacium defenſa.*

5 *Explicatur l. ſi ſeruus. 21. D. de euictíon.*

6 *Quomodo accepiendum illud, tum maximè ex empto teneri venditorem, cùm eius dolus intercesſit.*

7 *Quando iudicium bonæ fidei poſſit eſſe pro actione de dolo.*

8 *Quid deceperit Cuiacium & alios in interpretatione l. 1. C. de dol.*

9 *Quando actionem de dolo polliceatur prætor, ſi alia actio non ſit.*

10 *In omnibus actionibus directis in quibus agitur de fide rupta etiam in litem iuratur.*

11 *Cur in ſpecie l. 1. C. de dol. detur actio de dolo.*

DE exceptionibus & replicationibus doli diximus quæ bonæ fidei iudiciis ineſſe exiſtimantur. Dicendum nunc aliquid eſt de actione *De dolo*. Nam & hæc bonæ fidei † iudiciis omnibus ineſſe 1
creditur, & verum eſt: vt ex eo apparet, quòd illo etiam caſu quo ceſſat actio De *dolo*, & competit ſubſidiaria in factum temperanda propter honorem eius contra quem agitur, ſic concipienda eſt actio vt bonæ fidei mentio fiat, *l. non debet* 11. *in fin.* D. *de dolo*. Sed tamen quomodo id accipiendum ſit non omnes intelligunt. Nam ſi quis putet † poſſe iudicio bo- 2
næ fidei locum eſſe quoties actioni de dolo locus eſſe poſſet, is proculdubio errauerit. Fieri enim facilè poteſt vt iudicium bonæ fidei nullum ſuperſit & tamen ob dolum in bonæ fidei contractu admiſſum de dolo agi oporteat. Vt puta ſi contractui iam ſatisfactum ſit ex vtraque parte: & tamen dolus alterutrius contrahentium in contrahendo interuenerit. Finge dolo malo Titij perſuaſum te, non vt ei fundum venderes, ſed vt viliſſimo pretio venderes, nec tantùm venditionem ſubſecutam eſſe, ſed etiam traditionem ex parte tua, pretij verò ſolutionem ex parte Titij; non poteſt actio venditi ſufficere, imò nec tibi competere ad reſcindendam venditionem, ſed neceſſaria in integrum reſtitutio ex capite De *dolo*, quæ ipſa nihil aliud quàm prætoria de dolo actio eſt *l. dolus* 10. *C. de reſcind. vendit.* Quid ergo? Quandiu ſupereſt iudicium bonæ fidei quod exerceri poſſit, neque actio de dolo, neque vlla in integrum reſtitutio neceſſaria eſt, ſed ſufficit actio ex bonę fidei cõtractu ad dolum vindicandum, qui ſenſus eſt *l. ſi dolo* 5. *l. ſi voluntate* 8. *C. eod.* & eorum quæ nos ſcripſimus *Decade ſuperiore in errorem primum*. Extincto verò iudicio quod fit cùm ex vtraque parte contractui ſatisfactum eſt, non alia ratio ſupereſt doli vindicandi quam ſi actio de dolo proponatur. Alioqui dicendũ eſſet nullo caſu competituram in integrum reſtitutionem ex capite doli vel metus aduerſus bonæ fidei contractũ, quod tamen apertiſſimè falſum eſt, & pleriſq; legibus quę ſunt ſub titulis *De eo quod met. cauſ.* & *De dolo* D. & C. ex diametro cõtrariũ. Rurſus ſi quis dicat quod ab omnibus dici audio, actionẽ de dolo † cõpetere nõ poſſe quoties actio alia, pręſertim quę bonę fidei ſit, 3

cōpetere poteſt, is certè meo iudicio malè ſenſerit. Obſtabit.n. perquàm euidēter *lex prima C. de dolo.* in cuius ſpecie, id eſt, cùm fideiuſſor à creditore pignora emit, & oblata quantitate ſortis & vſurarum dominiū cū fructibus reſtituere recuſauit, nemo dubitat quin mandati actio quæ bonæ fidei eſt, cōtra ipſum in eam rem competat, *l. ſi mandato* 59. §. 1. D. *mandat.* Et tamen quia fidem rumpit debitori pro quo ſoluit, & cuius nomine pignora ſibi reddi, non vendi curare debuerat, poſſe cōtra eum agi de dolo, ſcriptum eſt in *d. l.* 1. *C. de*
4 *dolo.* Quam legem † etſi ſcio à *Ioanne Azone* & *Accurſio*, quos *Iacobus Cuiacius* ſecutus eſt *li.* 3. *obſer. c.* 37. acceptā eſſe de actione mādati quæ propter dolum competat, mihi tamē durius id videtur quàm vt poſſit admitti. Nam vt prætermittam rationē illam quæ ex rubrica ipſa ſumi poteſt, quia negat *Cuiacius* ſub eo titulo collocari debuiſſe, quis obſecro vnquam dixit actionem De dolo pro actione mādati quæ ob dolū competat? Nam & ſi dolus nullus intercedat, mandati plerunque agi poteſt, propriúmque ius eſt depoſitarij vt non niſi ex dolo conueniri poſſit. Deinde cùm legis ratio ſic concepta ſit *ne fidei rupta gratia poſſit de dolo actio exerceri*, ſi verba illa *de dolo* intelligas quomodo illi intelligūt *doli nomine*, An nō perinde inſulſa fuerit ratio ac ſi ſcriptū eſſet *ne fidei rupta gratia doli nomine poſſit actio exerceri?* Nā quid aliud ſignificāt verba illa *fidei rupta gratia* niſi hoc ipſum *doli nomine*, niſi fortè quis putat perfidiam (ſic enim appellat Vlpianus *in l. furti* 6. §. *vlt. de his qui notāt. infam.*) poſſe eſſe ſine dolo? Nec ſimile eſt quod *Cuiacius* adducit ex *l. ſi ſeruus* 21. *de euict.* quaſi eo loco Vlpianus cùm ſcripſit *de dolo malo agi poterit ſi dolus interceſſerit*, de actione ex empto ſenſerit quæ danda ſit ratione doli. Etſi enim admitterē, quod nego, poſſe eo ſenſu donari Vlpianum, tamē cōſequēs non eſſet eandē interpretationem Imperatoribus conuenire. Nihil enim erat apud Vlpianum ex quo poſſet colligi vēditorem doli nomine teneri debere, itaque nihil in ea interpretatione inſulſi eſt, aut incommodi, ſi ea verba
5 *de dolo* interpretemur *ob dolum.* Sed nego ſic Vlpianum † intelligi poſſe. Nam ſi ſeruus venditus traditus ſit emptori, & deceſſerit antequā euinceretur, puto nō ſolùm ſtipulationē duplæ nō cōmitti, vt apertè Vlpianus ſcribit, quia nemo eum euincit, ſed fatum humanæ ſortis, at neque ex empto teneri quamuis dolo malo, id eſt, ſciens alienū vendiderit. Nihil enim ob eam cauſſam abeſt emptori, cùm etſi ſeruus ille venditoris fuiſſet, perinde deceſſiſſet. Scio non eſſe nouum vt deficiente actione ex ſtipulatu duplę, agi poſſit ex empto, quia hæc plenior eſt, nec certas vllas habet conditiones *l. non tamen* 24. *l. ſi ei*
6 *cui* 41. *in princip & §.* 1. D. *eod.* neque rurſum ignoro † tum maximè cùm dolus venditoris interceſſit, ex empto eum teneri *l. ex empto* 11. *& paſſ.* D. *de action. emp.* ſecundū id quod iam diximus actionē de dolo bonę fidei iudiciis ineſſe: ſed dico tum id fieri cùm aut res nondum tradita, aut cùm poſt traditionem euicta eſt, aut cùm ex alia cauſſa emptor rem habere videtur, puta quòd litis æſtimationem exſoluerit, aut ex legati cauſſa, alio denique quàm emptionis iure rem habere cœperit, nē etiam cùm res fato ſuo periit poſt traditionem ante euictionem. Nihil enim tum ſupereſt propter quod iudicium ex empto ſupereſſe debere videatur. Sed tamen quia ęquum non eſt impunitum manere dolum venditoris, qui ſciēs & decipiendi emptoris gratia ſeruū alienum vendidit, nulla ratio eſt cur non de dolo teneatur. Et hoc etiam conuenit ei
7 quod modò dicebamus, non ſemper iudiciū † bonę fidei poſſe eſſe pro actione de dolo, ſed tum duntaxat cùm aliquid ſupereſt præſtandum ex cōtractu,

propter

Digitized by Google

propter quod iudicium bonæ fidei exerceri adhuc poſsit. Vnum eſt quod &
veteres, & recentiores interpretes † omnes fefellit, vt in *d.l.1.C.de dolo* non pu- 8
tauerint dari poſſe actionem de dolo, id nimirum quod *in l.ſeq. ſcriptum eſt,*
De dolo actionem ita demum permitti cauſſa cognita, ſi alia actio non ſit.
Nam cùm in propoſita ſpecie dubitari non poſsit quin mandati actio compe-
tat, vt Paulus ſcripſit in *d. l. ſi mandatu* 59. §.1.D. *mandat.* conſequens omni-
no videtur actionem de dolo concedi nullomodo debere. Sed inueſtigare
& animaduertere debuerunt qua ratione factum ſit à prætore, vt hanc † de 9
dolo actionem ita polliceatur ſi alia actio non ſit, rationem Vlpianus docet
in *l.1.§. ait prætor* D. *eod.quoniam,* inquit, *famoſa actio nõ temerè debuit à prætore*
decerni ſi ſit ciuilis vel honoraria qua actor poſsit experiri. Ergo ſi alia quam
quæ de dolo actio competit æquè ſit famoſa, nihil cauſſæ eſt cur non æquè
facilè prætor actionem de dolo concedere debeat, cùm non magis eius qui
conuenitur, quàm actoris interſit hoc caſu vtra actio proponatur. Atqui
actio mandati directa quæ debitori competit aduerſus fideiuſſorem, perinde
atque actio ipſa de dolo infamiam irrogat condemnato *l.1.l.furti 6.§.manda-*
ti. D. *de his qui notant. infam.* quoniam in directa actione mandati, & aliis
huiuſmodi bonę fidei actionibus directis agitur de fide rupta *l. ei apud quem*
5. *in princip.* D.*depoſit. l. ad comparandas* 16. *Cod.mandat.* id eſt, vt idem Vl-
pianus loquitur in *d. l. furti §. vltim. de perfidia,* quæ nihil niſi inſignis dolus
eſt. Non quidem in omnibus vt *Cuiacius* ſentire videtur, ſed in iis tantùm
actionibus quas Prætor expreſsit verbis edicti *De his qui notant. infam.* id eſt
Prò ſocio, tutelæ, mandati, depoſiti *l.1.D.eod.ill.tit.* Quamquam enim etiam
is qui vendidit, nec rem tradit, fidem rumpere dicitur in *l. non videbitur* 35.
D. ſtatulib. dici tamen non poteſt contra eum agi de fide rupta, ex empto,
nec ſimiliter ex vendito contra emptorem qui in ſoluendo pretio rei ven-
ditæ & traditæ moram facit. Ob ídque nec in his actionibus empti & vendi-
ti iuratur in litem, vt probauimus *lib. 6.Coniect.iur.ciuil. cap.* 17.cùm tamen
in actionibus † omnibus directis in quibus agitur de fide rupta etiam in li- 10
tem iuretur, quemadmodum non obſcurè Vlp. tractat in *d. l. ei apud quem.*
Directas enim hîc intelligimus ad differentiam contrariarum, in quibus
nec de fide rupta agitur, nec conſequenter de irroganda infamia, ſed tantùm
de calcudo, vt ait *d. l.furti §.vltim. & l.Sabinus* 29. D.*de dolo.* Etſi non ex di-
rectis omnibus irrogatur infamia, licèt in omnibus agatur de fide rupta
& ideò iuretur etiam in litem, vt puta in directa commodati, & pignorati-
tia, & aliis ſi quæ ſunt ſimiles, quatuor enim illæ, quas prætor expreſsit,
habent neſcio quid eminentioris perfidiæ ex parte eius qui fidem rumpit.
Actiones autem venditi & empti ſunt æquè directæ, neutra contraria: igi- 11
tur vt ad mandati † actionem de qua agimus, redeamus, cùm ſit illa ex
earum numero quæ infamant, non poteſt dici cur debeat impedire actio-
nem de dolo aduerſus eum qui non modò doloſè, ſed etiam perfidè egit.
Tantóque minus habet fideiuſſor quod conqueratur in ſpecie *d. l.* 1.C *de do-*
lo, quòd lex non ponit dari rectã actionem de dolo contra fideiuſſorem, ſed
tum demum cùm interpellatus vt accepta ſorte cum vſuris fundum cum fru-
ctibus redderet, recuſauit. Quo caſu ſanè apertior & odioſior dolus eſt, o-
mnimodo per actionem famoſam; quæcumque tandem illa ſit, vendicandus,
quia fideiuſſor in omni contractu qui ex cauſſa fideiuſsionis pendeat, bonam
fidem præſtare debet *d. l.ſi mandatu* 59.§.1. *mandat.* Non enim extranei em-

debitorem compararet. Alioqui non poſſe huiuſmodi emptionem fieri bo-
na fide, Paulus diſertè docet in *d.l. ſi mandatu §.1.* vbi poſteaquàm reſpondit
fideiuſſorem hunc pignora cum fructibus reſtituere cogendum neque extra-
neo emptori ſimilem habendum eſſe, rationem ſtatim reddit *cum in omni cō-
tractu bonam fidem præſtare debeat.* In omni, ſcilicet contractu qui ex cauſſa fi-
deiuſſionis pendeat, in ea ſiquidem fideiuſſor eſt veluti procurator debito-
ris, nec proinde ex re debitoris lucrum vllum captare debet occaſione ſuſce-
pti mandati, ſiue ratione fructuum, ſiue alia in re *l.idémque 10. §.idem
Labeo ait.D.mandat.* Atqui contractus hic emptionis quo de agimus, pen-
det ex cauſſa fideiuſſionis. Potuit enim fideiuſſor vrgeri ad ſolutionem de-
biti pro debitore, non alio vtique iure quàm quia fideiuſſerat: ſolutione
autem facta non ſolùm liberatus fuit debitor, ſed etiam per conſequentias,
pignora quæ proinde curare debuerat fideiuſſor ſibi reddi, non vendi, mox
contraria mandati actione totum debitum cum vſuris, & legitimis acceſſio-
nibus à debitore repetiturus. Hæc cùm ita ſint, miror non fuiſſe animaduer-
ſum mendum † quod eſt in *d.l.C.de dolo* in illis verbis *cum fructibus quos bona* 4
fide percepit, in quibus manifeſtum eſt deeſſe negationem, legendúmque *quos
non bona fide percepit:* quod & ſequens eiuſdem legis ratio euidentiùs indi-
cat *ne fidei rupta gratia de dolo poſſit actio exerceri.* Quis enim bona fide per-
ceptos fructus dicat qui percepti ſint rupta fide, & quos reſtitui oporteat
per actionem de dolo? Nam quòd eos percepit titulo emptionis, facere non
poteſt, vt bona fide percepiſſe videatur, cùm ob hoc ipſum quod emit rem
debitoris, cuius erat in ea ipſa re procurator, perfidè egerit & malam fi-
dem pro bona præſtiterit. Etſi non inficior poſſe fieri beneficio & iure re-
ſtitutionis in integrum, vt eos quoque fructus qui bona fide percepti ſunt
cùm re ipſa reſtitui ſit neceſſe, quia bona fides inducit duntaxat ius acqui-
rendorum fructuum, non etiam retinendorum, vt à nobis diſputatum eſt
lib.3.Coniectur.iur.ciuil.cap.17. Sed nego poſſe id contingere in ea reſtitutio-
ne quæ conceditur ex capite edicti De dolo, quia cùm non detur niſi con-
tra eum ipſum qui dolum admiſit, fieri certè non poteſt, vt qui dolo malo
rem nactus eſt, videri debeat poſſeſſor bonę fidei quod ad fructus. Poſſeſſo-
rem enim bonæ fidei cùm dicimus, non fructuum, ſed ipſius fundi ex quo
fructus percipiuntur poſſeſſorem ſignificamus. Vtcunque ſit, apparet in
ea ſpecie † quam nos tractamus condemnandum eſſe fideiuſſorem ſiue iudi-
cio mandati, ſiue actione de dolo, vt fructus omnes quos percepit reſtituat
ſimul cum fundo, viciſſimque pretium à ſe datum cum vſuris conſequa-
tur. Et tamen non poſſunt pragmatici ſibi perſuadere tam facilè & indi-
ſtinctè id eſſe recipiendum. Diſtinguunt † enim an debitum à fideiuſſore per- 6
ſolutum ſimplex fuerit an vſurarium: & quod lex ait fructus eſſe reſtituen-
dos, non aliter admittunt, quàm ſi ſimplex debitum fuerit, non etiam ſi vſu-
rarium. Eiuſque diſtinctionis autorem laudant *Carolum Molinæum* virum
ſanè magno ingenio, nec ad iuriſprudentiam malè natum, ſi opiniones ſuas
ex iuris ratione, non iuris rationem prudentúmque ſententias ex opinione
ſua æſtimare didiciſſet. Is in libro illo quem de vſuris conſcripſit, primus,
quod ſciam, docuit diſtinctionem hanc inter debitum, quod vocat ſimplex
& vſurarium, nec dubitat quin fideiuſſor ſuos fructus facere debeat quos per
cepit ex re pignorata: quaſi id fiat nullo incommodo & damno debitoris,
qui æquè fructus illos amiſſurus erat ſi à creditore percepti fuiſſent. Moue-

Digitized by Google

tur autem ex eo præcipuè quòd quamuis lex neget habendum cum loco ex-
tranei emptoris,fatetur tamen ſuccedere ipſum in ius creditoris. Quod ſi ita
eſt,conſequens videtur,vt quemadmodum creditor eos fructũs in vicẽ vſura-
rum lucrifeciſſet(debitum enim vſurarium intelligit cuius nomine contra-
cta fuerit antichreſis,de quo ſeq.cap.dicemus.) ita & fideiuſſor qui creditori
7 ſoluit & in eius iura ſucceſſit,lucrari eos debeat. Quæ ratiocinatio, † niſi me
fallo,ſubdola & incongrua eſt.Nam quod prudentibus placet fideiuſſorem
hunc in locũ creditoris potiùs quàm extranei emptoris ſubſtitutũ videri, eò
tantùm pertinet vt fideiuſſori offerri poſſit,quemadmodum creditori offerri
poſſet ſi poſſideret,nõ itẽ extraneo emptori.Cęterum nõ vſque adeò in ius &
locũ creditoris ſucceſſiſſe credendus eſt,vt fructuũ lucrũ ſibi facere poſſit, quod
habuiſſet creditor ſi pignora retinuiſſet.Neque.n. id fieri poſſet ex bona fi-
de,quæ ſcilicèt non patitur vt lucretur quicquam fideiuſſor ex re debitoris
ob mãdatum à ſe ſuſceptum,quippe quod gratuitum fuit,vt eſſe debuit. Ita-
que non poteſt eſſe bona collectio à creditore fœneratitio ad fideiuſſorem li-
beraliter amici & procuratoris officium exequẽtem. Nam ex contrario quã-
tumcunque ſimplex debitum fuerit,id eſt etiamſi ponas expreſſim conueniſ-
ſe inter debitorem & creditore,vt neque vſuras vllas creditor petere, neque
fructus pignoris in vicem vſurarum retinere poſſet,tamen conſtat fideiuſſo-
ri vſuras deberi eius pecuniæ quam pro debitore ſoluerit creditori, nec alio-
qui in damno moretur,cum ex tẽpore ſolutionis pecunia illa ei abſit ex cauſ-
ſa mãdati,& æquitas iudicij bonæ fidei poſtulet,vt vſurarũ rationem ex par-
te eius cui pecunia debetur,omnimodo haberi oporteat. Sicut igitur in eo
melioris condicionis eſt fideiuſſor quàm creditor,in cuius locũ fideiuſſor ſuc-
ceſſit,ita & deterioris in eo eſſe debet quod fructus nullos ex re debitoris ſi-
bi acquire poteſt,ne eos quidem quos creditor ſibi fuerat acquiſiturus. Ea-
dem enim fructuum & vſurarum ratio ferè ſemper conſtituitur in omnibus
bonę fidei iudiciis *l.vſura.34.D.de vſur.*pręſertim verò in iudicio mandati *d.
l.idémque* 10.*§.idem Labeo.*D.*mandat.d.l.Paulus reſpondit.*59.D. *de fide.uſſ.* &
quemadmodum indemnem fideiuſſorẽ debitor præſtare cogitur, non ſolùm
ratione ſortis,ſed etiam vſurarũ,licét debitum ſimplex fuerit, vt & Molineus
ipſe fatetur,ita viciſſim fideiuſſor indemnem debeat præſtare debitorem,non
tantùm pignorũ nomine quę redemit à creditore aut à cõfideiuſſoribus, ſed
etiam ratione fructuũ quos ipſe ex pignoribus redemptis perceperit. Quod
vtrumque apertiſſimè expreſſum eſt in *d.l.*1.C.*de dolo*,aliiſq; ſupradictis quæ
volunt offerendum eſſe debitũ fideiuſſori cum vſuris, & retrò pignora debi-
tori cum fructibus, nulla diſtinctione adhibita ſimpléxne an vſurariũ debitũ
fuerit. Sed & in eo Molineus labitur quòd ſimplex debitum intelligit cuius
nomine antichreſis expreſſim cõtracta nõ eſt, nec animaduertit tacitè cõtra-
ctã eam intelligi tũ etiã cùm gratuita pecunia fuit,ſi modò pignora data ſint
ex quibus percipi fructus potuerint,nec in contrariũ conuenerit,vt ex iis fru-
ctibus ad legitimũ vſque modum vſurarũ nihil retinere creditor poſſet. Po-
teſt enim creditor eo caſu fructus retinere non quidem omnes, ſed ad eum
ſaltem modũ quem legitimæ vſuræ patiuntur,quaſi antichreſi tacitè contra-
cta *l.cum debitor* 8. D.*in quib.cauſ.pig.vel hypo.tacit.contr.*Quod ipſum tamẽ,
quia obſcurius eſt, & à pragmaticorum quoque ſenſu alienum, quale & cu-
iuſmodi ſi paullò fuſiùs ſequenti capite tractandum eſt.

ERROR QVINTVS.

De antichreſi tacita, & fructibus pignoris in ſortem imputandis.

SVMMARIA.

1 *Cùm debitor gratuita pecunia vtitur, poteſt creditor ex fructibus pignoris ſibi dati ad legitimum vſque modum vſuras retinere.*

2 *Dubium quod occurrit in ſuperiori enuntiato iuris.*

3 *ἀντίχρησις quid, vbi Bartolus ſupinus error.*

4 *L. cùm debitor 8. D. in quib. cauſ. pign. vel hypo. emendatio ab Hotomanno allata reijcitur.*

5 *D. l. 8. interpretatio Cuiaciana.*

6 *Gratuita pecunia duobus modis dicitur Cuiacio.*

7 *Differentia Cuiaciana inter antichreſin tacitam & expreſſam.*

8 *Differentia ratio.*

9 *An valeat antichreſis expreſſa quæ facta eſt in fraudem vſurarum.*

10 *Fructus qui expreſſa antichreſi conſtituta percipiuntur à creditore ex pignore non percipi tãquam vſuras, ſed in vicem & locum vſurarum.*

11 *Sententia l. ſi ea pactione. 14. C. de vſuris.*

12 *Antichreſis facit vt neque gratuita, neque vſuraria pecunia dici queat.*

13 *In quibus locationibus mercedis remiſsio indulgeatur, aut non indulgeatur.*

14 *Locatio quæ per antichreſin contracta intelligitur vt ab alijs differat.*

15 *Quò quiſque eſt prudentior, eò minoris ſpem æſtimare ſolet.*

16 *Corrigitur indiſtincta Cuiacij locutio Antichreſin expreſſam non ſeruare iuſtum modum vſurarum.*

17 *Error pragmaticorum antichreſim tacitam nullam agnoſcentium.*

18 *Locationẽ ex prædijs ſiue ruſtici ſiue vrbani reſcindi non poſſe ex cauſſa quantumlibet immodicæ læſionis.*

CVM debitor † gratuita pecunia vtitur, poteſt creditor ex fructibus 1
pignoris ſibi dati ad legitimum vſque modum vſuras retinere,
inquit *lex cùm debitor 8. D. in quib. cauſſ. pignor. vel hypothec. tacit.
contr.* In qua tamen illud mirum † nec facilis explicationis eſſe vi- 2
detur, quod ponit pecuniam gratuitam eſſe, nec eo minus tamen
facultatem creditori dat fructuum retinendorum vſq; ad finem legitimarum
vſurarum. Nam ſi pecunia gratuita eſt, vſuræ nullæ debentur: nec proinde
fructus vlli aut percipi aut retineri poſſunt in vicem vſurarum, & conſe-
quenter imputandi videntur in ſortem, vt eam extenuent. Illud etiam au-
get dubitationem, quòd cùm inter † debitorem & creditorem conuenit vt 3
pignoris fructus cedant lucro creditoris loco vſurarum, nec in ſortem impu-
tetur, ſpeciale id contractus genus eſt, quod prudentes noſtri Græco vocabu-
lo *ἀντίχρησιν* appellant, de qua in *l. ſi is qui 11. §. ſi antichreſis* D. *de pignor.* vbi
ſuauiter & facetè Bartolus poſt Accurſium idiotinatis Græci ignoratione an-
tiphonam pro antichreſi legit, & neſcio quid de duplici decreto commen-
tus, quid antiphona ſit ex pſalmorum primordiis interpretatur. Con-
uentionem igitur interuenire neceſſe eſt vt antichreſis contracta videatur,
alioqui nihil diſtaret ſpecies à genere ſi vbicumque datum pignus eſſet anti-
chreſis quoque contracta dici poſſet. Itaque propter has rationes putarunt
plerique corruptum eſſe Pauli contextum, & inter cæteros † *Franciſcus Hoto-* 4
manus quo in legibus interpretandis & emendandis *non infelicior alter*, auſus
eſt adfirmare in obſeruationum ſuarum libris deeſſe negationem in primis
verbis eáque addita legendum *cum debitor non gratuita pecunia vtatur.* Iaco-
cobus Cuiacius † cuius eruditioni difficiliorum iuris locorum interpretationes
pleraſque certiſsimas debemus multò feliciùs ſuo more & preclariùs ob- 5

Digitized by Google

ſeruauit *lib.* 8. *obſeruat. capite* 17. longè aliam & elegantiorem eſſe loci il-
lius ſententiam quàm anteà crederetur, ſumptáque coniectura ex titulo ſub
quo lex collocata eſt, primus animaduertit tractari ea lege de antichreſi ta-
cita quæ haud dubiè inter debitorem & creditorem contracta intelligitur,
quoties pro debito tale pignus datur ex quo fructus aliquis percipi poſsit, e-
tiamſi nihil de vſuris præſtandis aut de fructibus in vicem vſurarum perci-
6 piendis conuenerit. Nam, vt ille ait, gratuita † pecunia dicitur non illa ſolùm
de qua conuenit vt gratuita eſſet, ſed illa etiam de qua non conuenit vt ſit
ſub vſuris, licèt debitor quaſi ἀντιδώρῳ obligatus, pignus tradendo, tacitè
conſentiat, vt inuicem vſurarum creditor fructus percipiat. An igitur ni-
hil intererit vtrum pignus ſimpliciter detur, an antichreſis contrahatur?
7 Imò quàm maximè intererit, quoniam, inquit *Cuiacius*, antichreſis † tacita
ſeruat legitimum modum vſurarum, expreſſa non ſeruat. Nam ſi fundus
mihi in antichreſim datus ſit, licet ex eius fructibus percepero longè plus
quàm ferat legitimus modus vſurarum, nihil tamen reſtituere debebo: quia
ſic conuentum fuit *l. ſi ea pactione* 14. *C. de vſur.* Sed ſi antichreſis contracta
non eſſet, eatenus tantùm retinere poſſem, quatenus per legitimas vſuras
8 liceret, reliquum omnimodo reſtitui oporteret. Et diuerſitatis † ratio quam
Cuiacius non reddit, illa ſatis euidens eſt, quòd creditor qui ex debitoris vo-
luntate & conuentione expreſſa fructus ſibi percipit, ius habeat quæſitum
ſibi ex proprio contractu, nec aliter fuerit contracturus. Nec enim eſt, quod
ei inuideat debitor ſi pluris ſint fructus quàm vſuræ legitimæ, quando etſi
minus aut nihil ex fructibus prouenisſet, nihil tamen aliud pro vſuris petere
creditor poſſet, qui tamen alioqui gratuitam pecuniam nõ erat crediturus. At
cùm nulla conuentio præcedit, ſicut non habet debitor quod conqueratur,
creditore ad legitimum vſque modum vſurarum fructus pignoris retinente,
quia tacitam ſuam volũtatem in id accõmodaſſe creditur, cùm ſi alio erat a-
nimo, proteſtari debuerat nolle ſe ex pignoris ſui fructibus quicquã ſibi de-
cedere. Ita æqui boníque conſulere debet creditor, ſi in locum vſurarum pecu-
niæ quam gratuitam eſſe volebat, permittatur ſibi retinere ex fructibus quan-
tum ſatis eſt ad legitimas vſuras complendas, ſibique imputare debet ſi am-
pliores fructus conſequi volebat, cur non meliùs ſibi proſpexerit per anti-
chreſim expreſſam. Ergóne, inquies, valebit antichreſis † expreſſa quæ facta
9 ſit in fraudem vſurarum? Nam ſi nõn ſeruat illa modum legitimum vſura-
rum, conſequens videtur, vt in earum etiam fraudem facilè fiat, in eóque
ſolo à tacita antichreſi diſtet. Hic verò nodus eſt quem diſſoluere vir do-
10 ctiſsimus debuit, nec diſſoluit. Dicendum eſt fructus † qui expreſſa antichre-
ſi conſtituta percipiuntur à creditore ex pignore, non percipi tanquam vſu-
ras, ſed, quod eſt longè diſſimile in vicem & locum vſurarum. Si percipe-
rentur tanquam vſuræ, nulla ratione fieri poſſet vt excederent legitimum
modum: ne alioqui facile eſſet huiuſmodi commento fraudem facere legi &
conſtitutionibus, quæ vſuris certum modum præſtituerunt. Sed quia per-
cipiuntur loco vſurarum, & tanquam fructus, & quidem incerti, ſiue euen-
tum ſpectes, ſiue æſtimationem, nihil fit contra leges, etiamſi longè plus ſit
quod ex fructibus redigitur, quàm ſint legitimæ vſuræ, quia potuit & mi-
nus eſſe, & interdum etiam fortaſſe nihil. Eáque & euentus & æſtimationis
fructuum incertitudo tollit omnem fraudis ſuſpicionem, ſicut & pleraque
alia extorquet inuita etiam, vt ita dixerim, iuris ratione, quale illud eſt inter
cætera

cætera quod frumenti vel hordei vel olei mutuò dati acceſſiones etiam ex nudo pacto præſtandæ ſunt quæ in pecunia non niſi ex ſtipulatione exiguntur *leg frumenti* 10.*lege oleo vigeſimotertio. iunct. lege tertia, Cod. de vſur.* Idque nimirum eſt quòd ait† *dicta lex ſi ea pactione* 14, *Codice eodem*, hoc caſu in 11
quo expreſſa antichreſis contracta eſt domo pignori data, ex cuius locatione potuerit creditor, ſi eam alij locaſſet, multò plus redigere quàm vſurarum iuſtus modus patiatur, nihil tamen debere creditorem reſtituere aut in ſortem imputare, quia non tam illicitum fœnus contractum, quàm vilius facta locatio videatur. Senſus eſt, antichreſim pignus quidē eſſe, ſed non vſurarium, vt vulgò putant, at quod potiùs in aliud contractus genus tranſeat, locationi ſimillimum, quaſi eo fundo qui pignori datus fuit locato creditori, & quidem viliori mercede ad fructus ex eo percipiendos & lucri faciendos non vſurarum iure, vt diximus, ſed ob id duntaxat quod non aliter fuerit creditor gratuitam pecuniam & ſine vſuris daturus. Antichreſis† facit vt neque gratuita dici poſſit pecunia, neque rurſum vſuraria, 12
ſed medio quodam nomine, non gratuita, quæ tamen fieri poteſt vt nullum commodum adferat creditori ſi fortè fructus omnes grandine percuſſi, aut per laſciuiam prætereuntis exercitus ablati, aliéue quo caſu & vi maiore amiſſi proponantur. Neque enim locatio † hæc ſimilis eſt cæteris, in 13
quibus ob has cauſſas aliáſue ſimiles remiſſio mercedis iuſtè poſtulatur. Habent enim cæteræ mercedem certam, eámque ex fructuum qui ſperari poſſe videntur, comparatione conſtitutam, vt proinde mirum non ſit pro damno quod fructibus immodicum contigit, remiſſio indulgeatur. Hæc verò quæ per antichreſim † contracta intelligitur, certam mercedem nullam 14
habet, neque fit ex comparatione aut fructuum percipiendorum, aut vſurarum quæ pro pecunia deberi poſſent, ſed illa tantùm ratione quòd creditor tanti æſtimauerit pecunia ſua carere, quanti eſſet illud quod ex incerto fructuum euentu redigi poſſet. Denique ſpes ipſa hoc caſu æſtimatur, quæ tamen nullam ex ſe habet certam æſtimationem, ſed eam demum quam quiſque pro arbitrio conſtituerit. Quò autem prudentior† quiſque eſt, eò 15
minoris ſpem æſtimare ſolet. Stultorum enim eſt ſperata pro præſentibus & exploratis habere. Prudentibus verò ſpes plerúmque nihil aliud eſt, quàm paullò plus quàm nihil. Quæ quanquam ita ſunt, videtur tamen mihi *Iacobus Cuiacius*† nimis generaliter & indiſtinctè locutus, cùm dixit antichreſim 16
expreſſam non ſeruare iuſtum modum vſurarum. Nam imò verò fieri poteſt vt ſeruare debeat, ſcilicet ſi fructuum æſtimatio certa ſit & taxata, ſiue taxatio illa mutuá debitoris & creditoris conuentione facta fuerit, ſiue per locationem ab eodem creditore alij factam. Cùm enim ſola incertitudinis ratio conuentionem hanc tueatur, ne quicquam in fraudem vſurarum & conſtitutionum excogitatum dici poſſit, planè conſentaneum eſt, vt ſi quo modo creditor certum ſibi redditum ex fructibus comparet, offendat in legem quatenus is redditus legitimas vſuras ſuperabit, Quod tam apertè expreſſum eſt in *d.l. ſi ea pactione* 14. *C. de vſur.* vt nullus dubitationi locus relinquatur. Si enim fundus creditori datus pignori in antichreſim ab eo ſubinde alij locatus ſit, licèt antichreſis expreſſa fuerit, vſque adeò tamen ſeruabit modum vſurarum, vt quod ſupra eum modum creditor ex ſua locatione exegerit debitoris ſui lucro debeat imputare. Quod ſecus eſſet ſi ille ipſo eo fundo, ita vti conuenerat, per ſe non per alium vſus fuiſſet. Quam-

quam hoc ipſum ita accipiendum eſſe puto ſi iuſta fuerit merces illa quam creditor ex locatione eſt conſecutus. Nam ſi ex ſtultitia conductoris plus perceperit quàm illitæ mercedis ratio ferebat, vix eſt vt debitori prodeſſe debeat quod ex alterius quàm ex debitoris damno & incommodo ad
17 creditorem peruenit. Ex his verò apparet † quàm egregiè pragmatici fallantur qui antichreſim tacitam nullam agnoſcentes, exiſtimant cogendum eſſe creditorem, vt fructus omnes quoſquos ex pignore percepit, imputet ſibi in ſortem, licèt non excedat legitimum modum vſurarum: quod aperte pugnat cum *dicta lege, cum debitor 8. in quibus cauſſ. pignus vel hypotheca tacit. contrah.* Poſſunt autem quæ diximus ad id etiam accommo-
18 dari, quod nos Decade ſuperiore probauimus, Locationem † prædij ſiue vrbani, ſiue ruſtici reſcindi non poſſe ex cauſſa quantumlibet immodicæ læſionis. Nam ſi fructus incerti & futuri certam haberent æſtimationem, diiudicandum non ex eo quòd tanti fundus locatus ſit, ſed ex eo quòd pluris locari alteri potuiſſet, vtique non valeret antichreſis, quatenus fructus vſuras legitimas excederent in ſpecie *d. l. ſi ea pactione*: numquam enim lex fauet pactioni per quam legitimis vſuris fraus fiat. Sed quia rei quæ non extat nulla poteſt certa iniri æſtimatio, nec ſi iam aliquãdo extitit, multò minùs verò ſi numquam, *altas* 9. D. *de in lit. iur.* Inde fit vt antichreſis licita ſit etiam in prædio vrbano (cuius fructus qui ex vſu ipſo percipitur certior eſt quàm prædij ruſtici) præterquàm vno illo caſu quo velit creditor cum ſibi certum facere, & ad eum modum redigere quem certum ſit fore ſupra iuſtum modum vſurarum. Eadem igitur ratio facere debet, vt locatio propter ſolam immodicam læſionem reſcindi nõ debeat, quia læſionem probari oporteret quæ talis tantáque fuiſſet ipſo contractus tempore inſpecto, qualis tamen, vt dixi, nulla probari nec eſſe poteſt: ſatiſque conſultũ eſt conductori, quod ſi damnũ aliquod improuiſum caſu & vi maiore ex cõductione ſenſerit, remiſſionem mercedis impetrare poteſt: creditor verò, vt ita dicam, antichreſticus, non ſimiliter pecuniæ ſuę vſuras vſque ad modum legitimum petere poteſt. ſi fortè damnum quod in fructibus paſſus eſt tale tantúmque fuerit, vt ex iis quos percepit legitimarum vſurarum modus confici non poſſit.

ERROR SEXTVS.

De differentia pignoris & hypothecæ in tacita antichreſi conſtituenda.

SVMMARIA.

1 *Nimis generaliter accipi à pragmaticis quod ſcriptum eſt à ICto, inter pignus & hypothecam nihil niſi nominis ſonum differre.*

2 *Verus ſenſus ſuperioris effati.*

3 *Differentia prima inter pignus & hypothecam.*

4 *Secunda, eáque præcipui momenti.*

5 *Conſectarium de diſcrimine inter creditorem pigneratitium & hypothecarium*

6 *Creditor hypothecarius quid in libello actionis petere debeat.*

7 *Creditor qui eſt in poſſeſſione pignorum per clauſulam conſtituti non tenetur in libello ſupplici petere vt pignora diſtrahantur.*

8 *Perinde transfertur poſſeſſio per conſtitutum atque per traditionem.*

9 *Diſtinctio quorundam pragmaticorum reiecta.*

QVOD

QVOD in *l.4.§.1.D.de pignor.* ſcriptum † eſt inter pignus & 1
hypothecam nihil niſi nominis ſonum differre, non benè à
pragmaticis acceptum eſt, qui tam generaliter id intelligunt,
vt non ſolùm pignoris & hypothecæ nominibus promiſcuè
paſſim abutantur, ſed etiam pignorum & hypothecarum iura
confundant, acſi nihil prorſus inter ipſa diſtaret. Fateor quod
ad formulam & poteſtatem † actionis hypothecariæ pertinet, nihil pignus 2
ab hypotheca differre, qui ſupradicti loci ſenſus eſt, deſumpti, vt inſcriptio le-
gis docet, ex Marciani libro ſingulari ad formulam hypothecariam. Sed in
cæteris, non modò ſi partitè loqui velis, verùm etiam ſi vim & effectũ rerum
cõſideres, multũ intereſt an pignus contractũ ſit an hypotheca. Taceo diffe-
rentiã † illã quæ à Iureccõſulto tradita eſt in *l.ſi rem 9.§.propriè. D.de pign.act.* 3
quòd pignus propriè eſt rei mobilis, quàm quis in manu & ad manũ habere
poſſit, quaſi dictũ à pugno. Hypotheca verò rei immobilis. Scio ipſis prudẽti-
bus & iuris noſtri autoribus differentiam hanc non adeò placuiſſe, vt non ſæ-
piſſimè illi ipſi pignus in fundo conſtitui dicant, & fundum oppigneratum,
aut quod idem eſt pignoris vinculo, & iure obligatum. Etſi enim pignorum
originem à rebus mobilibus cœpiſſe credibile eſt, vtilitas tamen euicit vt
in immobilibus quoque idem ius conſtitui neceſſe fuerit. Sed illa tamen
differentia † manſit, quæ præcipui momenti, quòd pignus non niſi rei tra- 4
ditione perficitur, hypotheca verò nudo conſenſu. Eſt enim obligatio pi-
gnoris non etiam hypothecæ, ex earum numero, quæ re contrahuntur.
Hinc verò fit, † vt plus iuris habeat creditor pignoratitius, quàm hypothe- 5
carius, in pignoris fructibus commodo & lucro ſuo percipiendis. Nam cùm
non tantùm pignoris ius & vinculum habeat in re ipſa, ſed etiam rei poſſeſ-
ſionem traditam ſibi à debitore, videtur habere ius quoque percipiendorum
fructuum pignoris ex ipſius debitoris voluntate: ideóque nec mirum eſt ſi
quaſi tacita antichreſi contracta poſſit ille ex fructibus ſibi retinere ad legiti-
mum vſque modum vſurarum. Intercedẽs enim factum debitoris in pignore
tradendo, coniecturam præbet voluntatis, quòd ſicuti creditor mutuam &
gratuitã pecuniam dando nullas à debitore ob vſum eius pecuniæ vſuras ex-
poſcit, ita viciſſim debitor pignus tradens creditori, nec de fructibus quicquã
paciſcens cõſentire videtur, vt liber ſit creditori & impunitus vſus pignoris,
ſiue is vſus in fructuũ perceptione cõſiſtat, vt euenit ruſtico prædio oppigno-
rato, ſiue in ſola habitatione, vt in prædiis vrbanis. Ius enim percipiendorum
fructuum ſequi ſolet ius translatæ poſſeſſionis, & quiſquis poſſeſſionem
rei ſuæ tradit, hoc ipſo cõſentit vt fructus percipiat creditor cui tradit, id eſt,
vt creditor vtatur gratuito pignore debitoris, ſicut debitor vtitur gratuita pe
cunia creditoris. Et ob id nimirum nulla lex eſt quæ creditorem qui ex pi-
gnore fructus percepit obliget ad reſtitutionem fructuum, quaſi nullo iure ex
re aliena perceptorum niſi quatenus excederent ſortem: Nam vſque ad eam
ſortis quantitatem imputãtur in ſortem etiam inuito debitore, & ſortem ex-
tenuant, in eo ſcilicet quod excedunt legitimum modum vſurarum. Quem-
admodum enim ſi debitum vſurarium fuit, fructus pignoris imputantur pri-
mùm in vſuras, deinde in ſortem, ita & cùm pecunia fuit gratuita, prius eſt
vt fructus à creditore percepti lucro creditoris cedant ad cõcurrentem vſque
quantitatem legitimarum vſurarum, quàm vt ſorti extenuandæ proſint: alio-
qui eueniret vt traditio creditoris commodo facta quò melius ſibi cautum

Digitized by Google

haberet, ipſius damno & incommodo cederet ſi fructus omnes ex pignore tradito perceptos in ſortem ſibi imputare cogeretur. Nemo enim neſcit quàm creditoribus incommoda & diſpendioſa ſit ſolutio illa quæ fit per partes, ſed ea præſertim quæ fit per fructuum perceptionem, aut, vt melius dicam, conſumptionem. Vix namque eſt vt diligentiſſimo quoque patrifamilias non id accidat vti fructuum conſumptio ſtatim aliqua ſaltem ex parte perceptionem non ſequatur. Planè pro ea parte fructuum quæ legitimas vſuras excedit, non poteſt videri creditor pignoratitius adeò ex voluntate debitoris fructus percipere, vt eos facere ſuos poſſit, & præcipuos, id eſt citra onus imputationis: quia ne quidem creditoris pignus accipientis voluntas illa fuiſſe videri poteſt, vt pro pecunia gratuita plus commodi perciperet ex re debitoris, quàm ſi ſub vſuris pecuniam credidiſſet: Quo tamen caſu, non niſi ad licitum vſque modum vſuras ſtipulari & percipere potuiſſet. Nec eum iuuat ratio quæ fauet creditori expreſſam antichreſim habenti, vt etiamſi ampliores fructus perceperit, quàm quanti ſint legitimæ vſuræ, nihil tamen ſibi imputet in ſolutum, quia potuit ex contrario euenire vt vel nullos, vel minores perciperet. Nam expreſſa antichreſi contracta apparet noluiſſe creditorem pecuniam gratuitam mutuam dare: de vſuris verò nihil conueniſſe: ſed de fructibus pignoris in genere & ſub incerto ſibi acquirendis cogitaſſe. Itaque nihil abſurdi aut iniqui emergit ſi plus commodi creditor ſentiat ex fructibus quàm ex vſurarum ſtipulatione ſenſurus fuiſſet: dummodo illud diſtrictè & accuratè caueatur, ne quid in legitimarum vſurarum fraudem factum videri poſſit: cuius tamen fraudis ſuſpicio nulla eſt quandiu incertus eſt euentus, id eſt incerta quantitas, incerta conſequenter æſtimatio fructuum percipiendorum, vt ſuperiori capite probauimus. At in tacita antichreſi quæ non niſi ex præſumpta contrahentium voluntate inducitur, fieret contra voluntatem ſi plus incommodi adferret debitori quòd gratuita creditoris pecunia quàm ſi vſuraria vteretur. Id verò contingeret ſi etiam ſupra modum vſurarum fructus pignoris lucrari creditor poſſet. Et hæc quidem de pignoratitio creditore verè rectéque dicuntur. Sed in hypothecario, id eſt qui rei obligatæ poſſeſſionem non habeat, longè aliud eſt. Nam ſicut debitor ei rem obligatam non tradidit: ita nihil eſt ex quo poſſit colligi tacitam debitoris voluntatem illam eſſe vt percipiendorum ex hypotheca fructuum ius vllum creditor habeat. Traditio enim quæ ſine facto tradentis nulla eſt, inducit tranſlationem poſſeſſionis, poſſeſſio autem tranſlata ius fructuum percipiendorum. Itaque licèt creditor hypothecarius ni ad diem pecunia ſoluatur, ius habeat vindicandi fundi per actionem hypothecariam, & ſubinde poſtquam vindicauerit, retinendi, ac conſequenter fructus omnes qui ex pignore redigi poſſunt, percipiendi, quia tamen id facit pro ſuo iure magis quam ex debitoris ſiue expreſſa, ſiue tacita voluntate, nullam fructuum partem lucratur, ſed omnes quoſquos, & quotquot percipit ſibi cogitur imputare, in ſortem, ſi debitum neque vſurarium neque antichreſticum fuit. Qua de cauſſa prudenter faciunt huiuſmodi
6 creditores hypothecarij, † qui eodem libello quo petunt mitti ſe in poſſeſſionem bonorum debitoris (quam agendi formam ſequi coguntur ij qui non ſunt pignorum poſſeſſores) petunt etiam vt publicè pignora diſtrahantur, ne alioqui eueniat vt ex imputatione illa quandoque facienda fructuum omnium, non modò quos perceperint, ſed etiam quos percipere potuerint,

tuerint,ſors ipſa aut omnino ſoluta, aut ſaltem magna ex parte attenuata reperiatur, non ſine magno ipſorum incommodo, quibus ex ea fructuum perceptione parum ſuperſit quod in calculos referre poſſint. In eóque pragmaticorum conſilium & morem laudo. Sed non in eo † etiam quod idem obſeruari volunt, illo quoque caſu, quo creditor in pignorum poſſeſſione ſit per clauſulam conſtituti. Nam & in hac ſpecie ſi non contracta fuerit ătichreſis expreſſa, perinde volunt creditorem petere vt pignora diſtrahantur, eodem ſupplici libello quo petit vt in fructuum poſſeſſione tanquam ſua retineatur: Eodem ſcilicet metu vrgente, ne fructuum perceptione debitum quaſi imaginaria ſolutione abſorptum reperiatur. Etenim ſi vera ſunt vt ſunt, quæ nos ſcripſimus de pignoratitio creditore cui pignus à debitore traditum eſt, vt tacitam antichreſim ad modum vſque legitimarum vſurarum contraxiſſe videatur, quidni idem dicemus illo etiam caſu quo poſſeſſio non per veram & realem traditionem tranſlata ſit, ſed per clauſulam conſtituti? Siquidem perinde transfertur poſſeſſio † per conſtitutum atque per traditionem, nec fictitia tantùm & ciuilis, ſed etiam vera, realis, & naturalis, vt pragmatici quoque fatentur, nec diſtinguemus † an ea conſtituti clauſula adpoſita ſit vt plerumque fit in obligatione generali bonorum omnium debitoris, an in hypotheca certi fundi. Poſſet enim ea diſtinctio locum habere in antichreſi expreſſa, quæ quoniam regulariter non ſeruat modum vſurarum, facilè videri poſſet in earum fraudem facta eſſe, ſi pro exiguo fortaſsis debito bonorum omnium debitoris quæ ingentis eſſent æſtimationis fructus percipere creditor vellet. At in antichreſi tacita nihil tale eſt quod metui poſſit cùm ſeruet modum vſurarum, & proinde quicquid excedit vſuras licitas ſorti ſit imputandum: ex quo illud etiam euenit vt quo maiores & vberiores ſunt fructus bonorum obligatorum, eo citiùs debitum extinguatur: Quòd ſi eo extincto aliquid ex re & bonis debitoris ſupereſt penes creditorem, id verò conſtat pignoratitia actione debitori reſtituendum eſſe. Ita fit vt nec legitimis vſuris, nec debitori fraus vlla fieri poſſit, non magis obligatis cum clauſula conſtituti bonis omnibus debitoris, quàm ſi vnus duntaxat aut alter fundus obligatus proponeretur. Quid autem ſi clauſula quidem conſtituti nulla ſit, ſed tamen conuenerit vt liceat creditori propria autoritate quandocunque poſſeſſionem pignoris occupare? Non parum diſtat hic creditor ab eo qui per conſtitutum poſſeſſor factus eſt, niſi hactenus, quòd non poteſt videri poſſeſſor, nec proinde ius habere percipiendorum fructuum, quandiu non eſt nactus poſſeſſionem. Cæterùm ſiue propria autoritate quod poteſt iure conuentionis, ſiue quod ciuilius fuerit, autore iudice vel ducente debitore poſſeſſionem pignoru m ſit ingreſſus, eodem iure debet quo cæteri pignoratitij creditores, quia & ex eo tempore pignoratitius non hypothecarius eſt.

7 8 9

ERROR VII.

Si conuenerit vt pignus in antichreſim datum diſtrahi à creditore numquam poſſit.

SVMMARIA.

1 *An pactio valeat ſi conuenerit vt pignus in antichreſin datum diſtrahi à creditore numquam poſſit.*

2 *Pragmaticorum quorundam ſententia negans & eius fulcimenta.*

3 *Leues eſſe rationes quibus pragmatici ſuam ſententiam ſtabiliunt.*

4 *Obiectio pragmaticorum & eius dilutio.*

5 *Conuentio quæ defenditur autoritate pontificiæ conſtitutionis, in Extrauag. Regimini.*

1 DEBITORIBVS † pleriſque pignus in expreſſam antichreſim tradentibus vſuuenit aliquando, vt paciſcantur cum creditore, de pignore illo numquam diſtrahendo: Quod cum accidit, quæri interdum ſolet an pacto valeat. Nec deſunt inter pragmati-
2 cos † qui negent valere: Ob eam potiſſimùm rationem, quòd dici ſoleat inutile pignus eſſe quod diſtrahi nunquam poteſt. Inde enim fit vt quamuis expreſſim conuenerit ne diſtrahi vnquam poſſit, facere tamen conuentio nequeat, quin peruenire tandem liceat ad diſtractionem dummodò trina præceſſerit denuntiatio de ſoluendo *l.4. l.quamuis 6.D.de pignor.act.* Et quamquam non hodie ſicut olim abſolutè vera eſt illa propoſitio, quia inuentum inductúmque eſt à Iuſtiniano vt alia ratione poſſit pignus vtilitatem afferre creditori, nempe ſi ius dominij impetretur *ex l.vnic. C. de iur. domin. impetr.* Illud tamen ſemper verum eſt inutile pignus eſſe quod ſic contractum fuit, vt neque vendi poſſit; neque eius dominij ius à creditore impetrari. Addunt qui grauiores æquitatis ſectatores videri volunt, iniquum eſſe vt creditor pecuniâ ſuâ in perpetuum carere cogatur. Quaſi verò pecunia credita maneat adhuc in dominio creditoris, ac non potiùs ideò mutua dicatur quòd de mea fiat tua *l.2.D.de reb.credit.* Debuerunt potiùs dicere alienum eſſe pactionem illam à mutui natura & conditione, & notiſſimos mutui terminos excedere ſi conueniat vt pecunia mutuò data repeti numquam poſſit, cùm illud imprimis ſit ex natura mutui, vt pecunia quæ à creditore mutua data eſt, ei poſtea reſtitui debeat, & conſequenter vt niſi reſtituatur exigi à creditore poſſit. *l.cum quid* 3. *D.eod.* Sed tamen vi-
3 dentur mihi rationes † hæ omnes leuiores quàm vt mouere quemquam debeant. Nam vt priorem priore loco refellamus, etiamſi pignus ſic datum ſit, vt neque detrahi queat, neque dominium eius impetrari propter conuentionem in antichreſi dictam, vt quandiu creditor pignore frui poterit pecuniam exigere non poſſit. Non tamen ſtatim conſequens eſt, inutile pignus eſſe, quippe quod vtilitatem fructuum afferat creditori, nec ad eam vſque ſummam duntaxat quę par ſit legitimis vſuris, ſed interdũ etiam ſupra quàm legitimus vſurarum modus patiatur, ſi modò nihil in earum fraudem factum ſit, vt in ſuperioribus diſputauimus. Si pignus ſic datũ eſſet vt cautionis tantùm vice fungeretur, inutile ſanè eſſet, ſi diſtrahi numquam poſſet, ideóque nec conuentio valeret de pignore numquam diſtrahendo. At cùm ea pignoris dandi cauſſa fuit vt in vicem vſurarum creditor pignore frueretur, fructúſque ſuos faceret, ſicut non poteſt dici pignus inutile quamdiu

frui

frui creditor poteſt, ita neque inutilis pactio dicenda illa eſt de qua diſputamus. Sibíque imputare potius creditor debet, cur ita conuenerit allectus ſpe fructuum percipiendorum & lucrandorum, quos vtique maiores ſperauit, quàm futuræ eſſent vſuræ ſi pecuniam fœnori collocaſſet. Vſu enim compertum eſt, vix vnquã ſic antichreſim cõſtitui vt non ſit vtilis & commoda creditori, id eſt quin pignus longè pluris ſit quàm debeatur, & cõſequenter fructus pignoris ampliores ſperentur quàm iuſtus vſurarum modus ferre poſſet ſi ex vſurarum cõparatione antichreſis expreſſa conſtitui deberet. Et vero cùm paciſci creditor liberaliter, & gratuitò poſſit de pecunia numquam petenda (valet enim vtique pactum de non petendo, & fauorabile exiſtimatur quia liberatorium eſt, etiamſi cauſſam aliam nullam habeat quàm liberalitatem creditoris) quidni etiam paciſci poterit de pecunia certo tantùm caſu numquam petenda? Aut cur non creditor rei ſuæ quam velit legem dicere prohibeatur? Etſi enim difficilius eſt vt creditor ſibi præripiat facultatem quam habet à lege, pignoris diſtrahendi quandiu liberum habet ius pecuniæ repetendæ, cùm per eam præcipuè pignoris diſtractionem ſuum conſequi poſſit: Præcedente tamen aut aliter quoquomodo interueniente pactione, vt pecunia mutuò data vel numquam, vel non ante certum tempus certúmve caſum exigi poſſit, quod paciſci licere diximus, æqua & vtilis ſit conuentio de pignore non diſtrahendo: quia nec fieri poteſt vt diſtrahatur pignus pro conſequenda pecunia quæ nondum peti poſſit licèt iam debeatur. Minus enim eſt petere quàm conſequi ſolutionem inuito debitore. Atqui in ea ſpecie quam nos tractamus, id eſt antichreſi ſic expreſſim conſtituta, vt quandiu creditor pignore in antichreſim accepto frui poterit, diſtrahere pignus non poſſit, conuentionem quoque illam ſiue expreſsè adhiberi, ſiue tacitè ſubintelligi neceſſe eſt, vt pecunia ipſa exigi & repeti nequeat, quaſi contento creditore eo cõmodo, quod ex pignoris fructibus ſperare poteſt. Quidni igitur valebit etiam conuentio vt diſtrahi pignus tandiu non poſſit? Nam & dicimus creditorem qui pactus eſt de vſuris ad certum vſque tempus ſibi ſoluendis pactum quoque fuiſſe, intelligi de ſorte interim non petenda *l. qui in futurum 57. D. de pact.* Cur non igitur eadem interpretatio capietur, ſi non de vſuris, ſed de fructibus pignoris in vicem vſurarum percipiendis conuenerit? Quod enim pragmatici † obiiciunt, 4
aut pro pragmaticis obiicere quis poſſit alienum id eſſe à mutui natura vt pecunia credita exigi numquam poſſit, ad rem ſanè non pertinet. Antichreſis enim, de qua agimus, non eam conuentionem abſolutè continet vt pecunia numquam repeti poſſit, ſed cum hac adiectione, & exceptione *quandiu creditori licebit frui pignore in antichreſim.* Quandiu autem creditor pignore fruitur, ferè eſt vt pecuniâ à ſe creditâ frui videatur. Ideò enim dicta eſt ἀντίχρησις quaſi contrafruitio, quòd ſicuti debitor ea pecunia fruitur quæ fuit creditoris, ita viciſſim creditor eo pignore quod eſt debitoris. Itaque ſi contingat vel euictione pignoris, vel quo alio modo impediri creditorem quominus pleniſſimâ habeat pignoris fruitionem, non quidem habebit ex ea cauſſa debitorem obligatum de euictione, niſi ſpecialiter ita conuentum & promiſſum ſit; ſed tamen quaſi finita & ipſo iure reſoluta antichreſi ius nanciſcetur pecuniæ quandocunque repetendæ, etiamſi per debitorem non ſtet quominus creditor pignore fruatur: Eáque demùm conuentio improbanda eſſet, per quam creditor etiam

Digitized by Google

pignore frui prohibitus, pecuniam quoque repetere prohiberetur. Non valdè
5 dè in contrarium diſſimile eſt, quòd in annuarum † penſionum venditionibus certo pretio factis authoritate conſtitutionis pontificiæ *in Extrauag. regimini*. ea paſſim conuentio admitti ſolet, vt ſi venditor moram faciat in ſoluenda pẽſione, repeti per emptorem pretium poſſit, nec cogatur emptor ſtare contractui, quamuis in cæteris venditionibus ſi ſolam contractus naturam inſpicias, non ob id ſolùm reſilire emptor à venditione poſſit, quòd venditor ex parte ſua non impleat, ſed habet tantùm eo nomine actionem ex empto in id omne quod ſua intereſt. *l. ea conditione*. 14. *C. de reſcind. vend.* Nimirum cõuentiones hæ de quibus diximus ſiue in venditione, ſiue in pignore, non tam contra quàm præter naturam contractus ſunt, ideóque admitti debent, præſertim vtilitatis cauſſa, cùm huiuſmodi conuentionum beneficio plerumque accidat, vt facilè ac libenter ita contrahat qui alioquin non fuiſſet contracturus.

ERROR OCTAVVS.

De iure dominij pignoris impetrando.

SVMMARIA.

1 *Quale ſit nouum ius introductum à Iuſtiniano in l. vnic. C. de iur. dom. impetr.*

2 *Cur rariſſimè vſurpetur ius d. l. vnic. & nu. 5.*

3 *Errare pragmaticos qui putant d. l. vnic. non eſſe in vſu apud Allobrogos.*

5 *Cur frequentior ſit illa pignoris venditio quæ fit per iudicem.*

1 NOVVM ſanè ius † illud fuit quod Iuſtiniani conſtitutio induxit *in l. vnic. C. de iur. domin. impetr.* Sed tamen nec debitoribus damnoſum, nec creditoribus inutile, ſi eius conſtitutionis obſeruationem ſequi malint, quàm de pignore diſtrahẽdo cogitare. Habet enim beneficium illud Iuſtinianeum ſuas ambages, moras & conditiones, & quidem eiuſmodi vt neque debitori de creditore, neque creditori de alio quàm de ſe conquerendi occaſio relinquatur, ſi debitore tãdiu ceſſante in ſolutione, ius dominij
2 pignoris tandẽ impetretur. Cæterùm quemadmodũ † nõ prohibetur debitor pignus diſtrahere ſi id malit vt ex pretio ſatisfaciat creditori, quia dominus pignoris manet, nec quicquã intereſt creditoris dũmodo ſuũ conſequatur, ita ex cõtrario ſi creditor ſolutionis citiùs extorquendæ gratia malit pignus diſtrahere iure creditoris, quod facere poteſt dum ne conuenerit ne poſſit, aut etiã petere vt per iudicẽ, id eſt autoritate iudicis nomine debitoris diſtrahatur, nõ prohibet Iuſtiniani cõſtitutio ne id facere pro ſuo iure poſſit. Vnde fit vt quàm rariſſimè creditores eam impetrandi dominij formã ſequãtur, quam Iuſtinianus præſcripſit. Eaque res iam olim Accurſium impulit vt ſcriberet
3 legem illam pleriſque locis in deſuetudinem abiiſſe: Indéque noſtri † etiam pragmatici arrepta errandi occaſione vulgò exiſtimant non eſſe eam apud nos in vſu. In quo tamen labuntur. Nam præter id quòd neque Principis edictum, neque lex vlla municipalis apud nos eſt, cuius poteſtate conſtitutio Iuſtiniani abrogata videri poſſit (quod autem immutatum non eſt, cur ſtare

prohi-

prohibeatur?) memini cùm aliquando ex facto incidiſſet quæſtio De creditore qui ius dominij ex forma præſcripta impetrare volebat, relatum fuiſſe ab antiquioribus Senatoribus, idē ſe vidiſſe non ſemel anteà factitatum: Fateor tamē nō niſi † perrarò id vſurpari ſolere quòd pignoris diſtractio vtro 4
modo fiat creditori, commodior videatur. Sed nec facilè videas creditorem id conſilij capere vt pignus diſtrahat iure creditoris, quoniam ea plerumque creditorum pignora diſtrahentium mens eſt vt ipſi emant aut pro ſe ſubiiciant emptores, ſiue alio nullo emptore exiſtente, ſiue quòd rem ipſam ſibi habere malint: quod tamen facere non poſſent ſi ipſi venderent. Neq; enim idem poteſt eſſe emptor, & venditor. Itaque commodius †putant eſſe ſi petāt 5
diſtrahi pignora per iudicem, vt debitoris nomine facta vēditio perinde habeatur acſi ab ipſo debitore facta fuiſſet: Quæ res facit vt creditor ipſe vice extranei emptoris poſſit emere, nec ſuperſit debitori vis offerendi poſt elapſum ſemeſtre quod ſtatuto noſtro in eam rem præſtitutum eſt, non magis quàm ſi emptori prorſus extraneo venditum pignus fuiſſet.

ERROR NONVS.

De venditione facta ſub pacto de retrouendendo.

SVMMARIA.

1 Sicut in pignoribus frequens eſt pactio antichreſeos contrahenda, ita in venditionibus pactum de retrouendendo.

2 Inter haſce conuentiones magnā eſſe cōuenientiā; & quis inde pragmaticorū error effluxerit.

3 Reprobatur ſententia pragmat. cenſentiū ſi ad pactū de retrouendendo accedat modicitas pretij tāta vt vēditor ſupra dimidiā ſit læſus, cōtractū pro ſimulato & fœneratitio habendū eſſe.

4 Pactum de retrouendendo non facit venditionem odioſiorem, ſed contrà læſionem minuit. & quomodo.

5 Diſtinctio quorumdam reprobata.

6 Quæcunque in traditionibus rerum pactiones apponuntur, ea ſeruanda ſunt.

7 Refertur ſententia eorum pragmaticorū qui ita demum contractum pro ſimulato habendum putant, ſi ad immodicā læſionē & pactionem de retrouendendo accedat vt emptor ſolitus ſit fœnerari.

8 Quatenus relata opinio probanda ſit.

9 Error pragmaticorum docentium ſi cōtractus ſit fœneratitius, cogendum creditorem vt fructus omnes quos ex re vendita percepit, percipereue potuit in ſortem imputentur.

10 Deerrorem à iuris ratione alienum eſſe; quòd contractus ita initus cenſendus ſit iure antichreſeos expreſſa.

11 Emptionē ſimulatā quæ de agitur, nō eſſe fœneratitiū contractū, nec eā omnē pecuniā eſſe vſurariā quæ non eſt gratuita, cōtra pragmaticos.

12 Cum antichreſis contracta eſt in fraudem legitimarum vſurarum, quatenus à lege improbetur cōtractus: & ad quam vſque quantitatem fructus poſſit retinere creditor.

13 Legitimus modus vſurarū apud Sabaudos.

SICVT in pignoribus frequens † pactio illa eſt, de qua proximè 1
diximus, antichreſeos contrahendæ, vt debitor pecuniâ creditoris, non gratuita quidem, ſed tamen ſine vſuris, creditor verò viciſſim re obligata fruatur, ita & in venditionibus vſitata ea eſt de qua nunc dicemus, vt qui emit promittat ſe venditori, aut quandocumque ſine certi temporis definitione, aut ad certum vſque tempus & intra id tempus retrouenditurum. De qua tamen in toto iure noſtro vnus tantùm & ſingularis locus eſt in *lege ſecunda, Cod. de pact. int. empt. & vendit.* Vulgo vocant venditionem factam ſub pacto de retrouendendo. Tanta autem inter has conuentiones † ſimilitudo, & affinitas eſt, vt 2
plerumque dubitetur an venditio contracta ſit, an antichreſis, in eóque paſſim ab interpretibus & pragmaticis erratur. Nam ſi ad pactionem illam de retrouendendo accedat modicitas pretij tanta vt venditor ſupra dimidiam

ſit læſus, exiſtimant plerique contractum ſuſpectum eſſe,& vt loquuntur, ſimulatum, ac pro fœneratitio potiùs habendum: quaſi colore quæſito fœnori, vt ſub ſpecie emptionis liberiùs emptor in re debitoris, & in fraudem
3 legitimarum vſurarum graſſaretur. Quæ tamen ſententia † tanquam lege & ratione deſtituta, licèt magnis autoribus probata, iampridem ferè ab omnibus tribunalibus exploſa eſt. Nam cum ea emptionis & venditionis natura ſit vt contrahentibus liceat naturaliter, licereque debeat ſe decipere *l. in cauſſa* 16. *§. idem Pomponius* D. *de minor. leg. item ſi pretio* 22. *§. vltim.* D. *locat.* ideóque nec æquitate iudicij, nec alio vllo modo venditori aduerſus læſionem ſuccurratur præterquàm ex beneficio nouæ conſtitutionis in *l. ſecunda. Cod. de reſcind. vendit.* ſi læſus ſit vltra dimidiam iuſti pretij *l. ſi voluntate* 8. *eod.* Nihil cauſſæ eſt cur tam facilè ſimulationis præſumptio, quæ alioquin odioſa eſt, capiatur, propter accedentem pactionem licitam de re-
4 trouendendo, quæ † tantum abeſt, vt venditionem faciat odioſiorem, vt ex contrario læſionem minuat, vtpote quæ pars pretij eſſe exiſtimetur. *l. fundi partem* 79. D. *de contr. empt.* Nam ſi venditor æſtimata etiam pactione adhuc vltra dimidiam iuſti pretij læſum ſe conqueratur, duplicem viam habet per quam ſibi cõſulat contra emptorem, alteram ex conuentione, cuius poteſtate cogere emptorem poteſt vt recepto pretio rem reſtituat & retrouendat: alteram ex noua conſtitutione, per quam ſimiliter euincat & extorqueat rei venditæ reſtitutionem niſi emptor iuſtum pretium ſupplere malit. Nec di-
5 ſtinguendum † eſt, meo iudicio, in hoc caſu, an pactum de retrouendendo ſit liberum néne, id eſt, an ita ſit conceptum vt in venditoris facultate & arbitrio maneat, quãdo retrouenditionem ſibi fieri velit, an verò ita vt ante certum tempus eam petere prohibeatur. Vtraque enim pactio licita eſt ſi aliud
6 nihil obſtet, & generalis regula iuris facit vt quæcumque pactiones † in traditionibus rerũ apponuntur, eas ſeruari oporteat *l. in traditionibus* 48. *D. de pact.* non ſolùm ſi reſpiciant vtilitatẽ venditoris rem tradentis, qui non aliter venditurus aut traditurus fuit, ſed etſi ſpectent ad commodum emptoris,
7 quia nec aliter fuit ille empturus. ita que receptior † interpretũ & pragmaticorum ſententia eſt, non aliàs ſimulatos huiuſmodi contractus videri debere, quàm ſi ad immodicam læſionem & pactionem illam de retrouendendo accedat tertium illud, quòd emptor ſolitus ſit fœnerari, ſed accedente hac fœnerandi conſuetudine, non eſt qui dubitet quin emptionis contractus ſimulatus dici debeat & fœneratitius, nec pro fœneratio tantùm haberi, ſed etiam pro facto in fraudem legitimarum vſurarum. Cui ſententiæ cauſſam potiſſimum dedit conſtitutio põtificia *in cap. ad noſtram. & cap. illo nos. Extr. de pignor.* Nec ſanè iniqua ſententia eſt vt fraudibus comminiſcendis, quan-
8 tum fieri poteſt, via præcludatur. Sed vereor † ne ex iuris ratione non ſit ſatis tuta, niſi addas eam emptoris conſuetudinem proponi probaríque, vt eiuſmodi cõtractuum commento ſoleat improbum fœnus exercere. Nã ſi proponas ſolitum quidem eum fœnerari, ſed aperto fœnore, & pecuniam credere ſub vſuris præſertim licitis & quæ iuſtum modum non excedant, vix eſt vt ſi poſteà rem maioris pretij emat viliori adiecto etiam pacto, de retrouendendo fœnerandi potiùs quàm emendi animum videri debeat habuiſſe. Ex prioribus enim contractibus qui diſſimiles fuerũt coniectura probabilis ſumi nõ poteſt, quòd eandem in hoc quàm in aliis habuerit voluntatẽ. Quamobre n puto neceſſariam eſſe hanc adiectionem, nec ſanè aut pontificia, aut

alia

alia vlla lex repugnat. Probata verò ea conſuetudine fœnerandi quam requi-
ro,non dubito quin contractus fœneratitius haberi debeat:ſiue pactum de re-
trouendendo fuit liberum, ſiue non, quanquam ſi non fuit liberum, aper-
tior eſt multóque certior ſimulatio, quæ cùm probatur, aut ita præſumitur
vt contraria probatione aut præſumptione iuſta illa præſumptio non elida-
tur, conſtat ſanè plus valere quod agitur, quàm quod ſimulatè concipitur *l.*
1.& tot.tit.C.plus valer.quod agit. Præcipuus tamen hac in re pragmaticorum
error† mihi videtur in eo eſſe,quòd putant, ſi contractus fœneratitius fuit,vſ- 9
que adeò ſeueriter agendum eſſe cum creditore vt fructus omnes quoſquos
ex re vendita perceperit aut percipere potuerit: in ſortem ſibi imputare co-
gatur, perinde acſi creditor eos fructus nullo iure, nullaque ex cauſſa perce-
piſſet. Id enim ego non ſolùm nimis durum & iniquum eſſe arbitror, ſed à
iuris etiam ratione omnino alienum. Illa † namque ſimulatio quam ex ſu- 10
pradictis coniecturis induci fateor, efficit quidem vt contractum pignus po-
tiùs quàm emptio facta eſſe intelligatur, ſed facere non poteſt vt non
ſaltem eadem creditoris conditio eſſe debeat quæ eſſet ſi antichreſim
expreſsè contraxiſſet. Omnia enim quæ ad antichreſim conſtituendam
neceſſaria ſunt,interueniunt in huiuſmodi emptione,ac primùm ex parte cre-
ditoris voluntas commodi alicuius ex pecunia ſua in vicem vſurarum extor-
quendi, ex parte autem debitoris traditio pignoris, conſenſúſque expreſſus
vt eos fructus quos ex pignore creditor percipiet ſibi lucretur.Qui namq; ven
dit & tradit non poteſt eo animo non eſſe, vt transferat in emptorē non mo-
dò poſſeſsionem,ſed etiam percipiendorum fructuum ius pleniſsimum. Nihil
igitur diſtat huiuſmodi contractus ab antichreſi, niſi nomine tenus,quoniam
emptio à contrahentibus non antichreſis dicta eſt,cur non igitur eodem quo
antichreſis iure cenſebitur? Atqui ſi contracta expreſsim antichreſis fuiſſet,
fructus omnes quoſquos ex pignore percepiſſet creditor lucrifeciſſet, nec ſibi
in ſortis ſolutionem imputaſſet, ne pro ea quidem parte quæ iuſtū & licitum
vſurarum modum exceſſiſſet, vt à nobis in ſuperioribus latè comprobatum
eſt. Quidni ergo idem admittemus pignoratitio contractu ſub emptionis no-
mine conſtituto? Dices fortaſſe contractum hunc ſimulatum non ſolùm pro
pignoratitio haberi, ſed etiam pro fœneratitio, adeóque quod peius eſt, pro
facto, vt diximus in fraudem legum, & vſurarum. Proinde non poſſe cenſeri
iure antichreſeos expreſſæ, quam nos itidem diximus nihil commune habere
cum fœnore, nec fœneratitium contractum eſſe *ex l.ſi ea pactione 14.in fin.C.*
de vſur. ſed reſpondeo interpretum & pragmaticorū errore† magis quàm iure 11
factum eſſe vt emptio illa ſimulata, qua de agimus fœneratitius contractus e-
xiſtimetur, dum pignoratitium contractum& fœneratitium pro eodem ha-
bent, nec diſtingunt pecuniam vſurariam ab ea quæ nec vſuraria nec gratui-
ta ſit, exiſtimantes vſurariam eſſe omnem quæcunque non gratuita eſt. In
quo tamen euidentiſsimè falluntur. Sicut & in eo quòd antichreſim ipſam
quoque pro fœneratitio contractu habent. Nam ſi omnia ex iuris ratione æ-
ſtimentur,nihil verius eſt,quàm quod iā probauimus,poſſe fieri,& verò eueni-
re quotieſcumque antichreſis ſiue expreſſa, ſiue tacita contrahitur,vt pecunia
quæ debitori à creditore datur non ſit vſuraria,nec tamen gratuita videri poſ-
ſit ſi antichreſis expreſsim contracta proponatur: quēadmodum ex contrario
ſi non niſi tacita antichreſis contracta ſit, pecunia gratuita quidem eſt. *l.cum*
debitor 8.D.in quib.cauſſ.pign.vel hypoth.tacit. contr. nec eo minùs tamen cre-

Digitized by Google

ditori adfert commodum fructuum ad eum vſque modum quē legitimæ vſuræ patiuntur, vt eadem lex ait. Denique vſuraria pecunia non eſt, nec proinde contractus vſurarius, aut quod idem eſt fœneratitius, niſi cùm de vſuris conuenit, ſiue expreſſo vſurarum nomine, ſiue tacito, vt fit cùm de aliqua quātitate vltra ſortem reddenda actum eſt, quicquid enim ſortem excedit vſura eſt, & fœnus. Sed cùm neque de vſuris neque de pecuniario exceſſu actum fuit, non poteſt videri pecunia vſuraria, licèt nec gratuita ſit, & è contrario plus adferat commodi creditori ex perceptione fructuum pignoris, quàm ſi de vſuris grauiſsimis conueniſſet. Nec igitur contractus fœneratitius cenſeri debet, ne tum quidem cùm antichreſis contracta eſt in fraudem legitimarum
12 vſurarum: quia hoc etiam caſu nō totum contractum lex improbat, ſed quatenus duntaxat in fraudem factus eſt. Itaque ad concurrentem vſque quantitatem vſurarum legibus permiſſarum, poterit creditor ex fructibus rei ſibi oppignoratæ retinere. In eóque nimirum diſtabit contractus hic de quo diſputamus ab antichreſi expreſsim & licitè conſtituta, quòd cùm illa non ſeruet modum vſurarum, hic tamen ſeruat, vt quod in fraudem legis factum eſt vindicetur, duriúſque agatur cum eo qui illicitè quàm cum eo qui licitè contraxit. Cæterùm ad eum vſque modum quem leges ferunt, ratio nulla eſt cur creditori fructuum retentio denegetur, quæ non denegaretur, etiamſi gratuitam pecuniam dediſſet. Non enim poſſis deteriorem facere conditionem huius improbi fœneratoris quàm ſi habere illum velis pro eo qui pecuniam gratuitam dederit debitori accepto pignore. Nam vt nullum pignus habuiſſe exiſtimetur facere non poſſis, quandoquidem pignoris conuentio & traditio facti eſt non iuris, nec verò id pragmatici negant qui fatentur eſſe pignoratitium creditorem. Atqui etiam is pecuniam gratuitam dedit ſi viciſſim pignus acceperit nulla intercedente de fructibus aut lucrandis aut reddendis conuentione, nihilominus retinere ex fructibus poteſt ad modum vſque legitimarum vſurarum. Idem ergo permittēdum erit creditori, qui ſub emptionis nomine illicitum fœnus contraxerit. Cui conſequenter dicendum eſt non eſſe cogendum eum imputare in ſortem perceptos fructus niſi quatenus
13 modum illum excedunt. Legitimus autem modus etſi apud nos nullus conſtitutus eſt, tamen exemplo ex Gallicis conſtitutionibus deſumpto is eſſe videtur, qui aſcendit ad duodecimam, Galli vocant *au denier douze. huit & tiers pour cent.* Certè legitimas vſuras quincuncium fine concludi nemo dixerit, cùm paſsim tolerentur decunces, vt ex iis quæ primo proximæ Decadis capite dicemus intelligetur. Faciunt ergo pragmatici iniuriam creditori, quem condemnant ad fructuum omnium reſtitutionem, nec alias quàm quincunces vſuras ei adiudicant, aut non niſi ad concurrentem vſque quincuncium quantitatem fructus compenſant.

ERROR DECIMVS.

De æſtimatione pacti quod in venditionibus apponi ſolet De retrouendendo.

SVMMARIA.

1 *Pactum de retrouendendo eſt pars pretij.* 2 *Huiuſmodi pactio quota ſit pars pretij.*

3 *Vulga-*

3 *Vulgaris pragmaticorum ſententia.*
4 *Examinatur pragmaticorum opinio.*
5 *L.computationi, 68. aliàs l.hereditatum. D.ad l.falcid.à Triboniano interpolatam eſſe.*
6 *Diſtinctio autoris in quæſtione ſupra nu. 2.propoſita.*
7 *Si quando per teſtes læſio immodica probanda ſit, quid à teſtibus æſtimandum ſit, quid deinde à iudice.*
8 *Pragmaticorum inanis ſubtilitas quid requirat in proponenda facti quæſtione cum petitur reſciſſio venditionis ſub pacto de retrouendendo ex immodica læſionis cauſſa.*

PACTVM † de retrouendendo quod in venditionibus adiici ſo- 1
let, pretij partẽ eſſe ſatis conſtat, vt & cætera pacta omnia
quorum adiectione moueri poteſt emptor vt vel viliùs vel ca-
riùs emat *l.fundi 79.D.de contr.empt.l.ſi venditor 6.in fin.*D. *de
ſeru. expor.* Sed quota † pretij pars ſit, id eſt, quam æſtimationẽ 2
recipere debeat, non æquè conſtat, & difficilis eſt inquiſitionis: Vulgaris pra-
gmaticorum ſententia † eſt, tertia pretij conuenti parte æſtimãdum eſſe, vt res 3
quæ viginti aureis vendita eſt ſub pacto de retrouendendo, triginta veniiſſe
exiſtimetur. Nec improbabilis † ea traditio eſt ſi pactum de retrouendendo 4
perpetuum ſit, aut quod effectu idem eſt ſine vlla temporis definitione, vel
trigeſimum vſque annum. Non enim paruum emptoris incommodum eſt
quòd tãdiu cogatur in ſuſpẽſo manere, nec certi quicquam & explorati ha-
bere an rem à ſe emptam, an verò pecuniam quã ex cauſſa emptions nume-
rauit in bonis ſuis computare debeat: Vixque eſt vt prudens paterfamiliâs &
diligens, non fuerit pretium aucturus tertia parte, ſi puram venditionem im-
petrare potuiſſet, vel ob id maximè, quòd qui ſub hoc pacto emunt, ſic po-
ſteà affecti eſſe ſolent vt quod emerunt, nec omnino colant quaſi ſuum, nec
prorſus tanquam alienum negligant, ſed dubij & hærentes tractent certè ne-
gligentiùs, quã ſi ſine reſtituendi onere rem tenerent. Sed cum plerunque
eueniat, vt triennio duntaxat, aut quinquennio, aut ad ſummum decennio ea
redimendi facultas concludatur, non puto poſſe defendi eandem pacti æſti-
mationem illo caſu eſſe debere quæ eſſet ſi perpetua redimẽdi poteſtas data
proponeretur. Quo enim breuius tempus eſt quod pacto continetur, eo mi-
nùs incommodi ſentit emptor ex pacti adiectione, ideóque non eſt quod
tanti pactum æſtimet, vt maiore pretio rem comparaſſe videatur. Et ta-
men pragmatici nullam hac in re adhibent temporis diſtinctionem, & ſiue
longius ſiue breuius tempus fuerit quod pacto comprehenſum eſt ad trien-
tem vſque pretij æſtimant eius vtilitatem, vt videre eſt apud Ioſephum Lu-
douicum in *Deciſ.Peruſinis.* Et ſanè difficile eſt vt pro temporum diſtinctio-
ne alia atque alia poſſit iuſta iniri æſtimatio, ſi tempora velis computare de
momento in momentum, quod tamen non magis fieri poteſt nec debet
quàm ſi agatur de æſtimandis alimentis, aut de æſtimando vſufructu, de
quo Æmilius Macer ex Vlpiano tractat in *l.computationi* 68. aliàs *l. heredita-
tum* D. *ad legem falcidiã*, in qua nõ dubito † quin ab illis verbis *ſolitum eſt ta-* 5
mẽ vſque ad §. *ſi quis ex heredibus*, Triboniani verba ſint non Iureconſulti.
Nam Æmilius Macer nõ tantùm quid Vlpianus ſenſerit, ſed etiam quo iure
vtamur explicat his verbis *eóque nos iure vti Vlpianus ait & circa computatio-
nem vſusfructus faciendam.* Quod omnino pugnat cũ ſequenti illa adiectio-
ne *ſolutum eſt tamen.* Quid enim aliud eſt ius quo vtimur, quàm quod ſolitũ
eſt vſurpari? Sed & apertè abſurdum eſt quod ſequitur ſi reipublicæ vſusfru-
ctus legetur, ſiue ſimpliciter, ſiue ad ludos non niſi triginta annorum cõputa-
tionem fieri. Nam cùm vſusfructus reipublicæ relictus non niſi centeſimo

ANTONII FABRI IC.

DECAS DECIMA.

ERROR PRIMVS.

De legitimo vſurarum modo.

SVMMARIA.

1 *Legitimæ & licitæ vſuræ quæ dicantur, vbi Molinæi error.*

2 *Vſurarum tolerantia vnde proflaxerit.*

3 *Error Molinæi cenſentis ante Iuſtiniani conſtitutionem in l. eos 26. C. de vſur. vſurarum nullum fuiſſe certum modum.*

4 *Vſuræ centeſimæ quæ.*

5 *Vſuræ centeſimæ omnium grauiſsimæ fuerunt. trientes verò leuiſsimæ:*

6 *Vnde dictæ ſint trientes vſuræ.*

7 *Tribonianum non interpolaſſe l. cùm quidam. 17. § vlt. D. de vſur. contra Cuiacium.*

8 *Mediocres, ſeu moderatæ vſuræ quæ olim fuerint.*

9 *Quod ſit ius nouum à Iuſtiniano de modo vſurarum in l. eos. 26. C. de vſuris conſtitutum.*

10 *L. 1. C. de vſur. & l. ſi vt proponis. 4. C. de ædif. priuat. abrogatas eſſe, contra Accurſium & Molinæum.*

11 *Quo caſu Iuſtiniani conſtitutione non comprehenſo hodie poßit exigi vſura centeſima.*

12 *Quonam iure vtantur Sabaudi quod attinet ad certum vſurarum modum. & num. 14.*

13 *Errare pragmaticos qui exiſtimant apud Sabaudos legitimas vſuras eſſe ſeptunces cum ſemuncia.*

15 *Perperam ſtatuere pragmaticos creditorem, aut emptorē condemnatum ad fructuum reſtitutionem non poſſe maiores quàm quincunces vſuras accipere aut compenſare.*

16 *L. ſi pro mutua 8. C. ſi cert. pet. non rectè à quibuſdā corrigi: & quis ſit eius l. ſenſus.*

LEGITIMAS † & licitas vſuras cùm dicimus, non 1
illud ſignificamus quod *Carolo Molineo* peſſimo theologo, nec multò meliori Iuriſconſulto viſum eſt, vſuras aliquas eſſe quæ re vera licitæ & inter Chriſtianos permiſſæ videri poſſint, niſi quas certis caſibus theologi admittunt non tam vſurarum quàm iuſtæ vtilitatis & eius quod intereſt iure cenſendas. Idem enim mihi ſemper viſum eſt quod Imperatori Leoni qui *Nouell. conſtitution.* 83. apertè ſcripſit, vſuras quæ vocantur pecuniæ creditæ vbique à ſpiritus ſancti decreto condemnari. Licitas igitur legitimáſque vſuras eas intelligimus, quæ vt Leo dicebat, propter redundantem in humana vita peruerſitatem tolerantur à principibus etiam inuitis. Quales ſunt trientes ea conſtitutione permiſſæ, abrogato egregio Baſilij Imperatoris edicto quod generaliter & indiſtinctè vſuras interdixerat in vniuerſum. Etſi enim non eſt ex principibus Chriſtianis cui liberum ſit vſuras probare & admittere, quas ſacroſancta eccleſiæ autoritas nullo non tempore damnauit, commerciorum tamen neceſsitas, & miſera miſerorum hominum cupiditas vel ab inuitis extorſit, vt quas permittere nec volunt, nec poſſunt, eas ad certum vſque modum tolerare cogantur. Quod quoniam † non ex iure, ſed ex commerciorum vtilitate; aut potiùs 2
neceſſitate proficiſcitur, aliter atque aliter pro regionum ac temporum varietate obſeruatur. Adeò vt non deſint, inter quos & Molineus † 3
ipſe eſt, qui putent ante Iuſtiniani conſtitutionem in *l. eos 26. Cod. de vſur.* nullum vſurarum fuiſſe certum modum. Quod tamen quàm falſum ſit

apparet ex innumeris locis Pandectarum & Codicis in quibus videas fieri
mentionem vſurarum licitarum & illicitarum, *l. vſuras illicitas* 20. *l. placuit*
ſiue ſupra ſtatutum modum 29. *& alibi paſſ. D. de vſur.* Vnde & legitimæ
vſuræ in *l. pecuniæ fœnebris* 9. *eod.* quæ proculdubio fuerunt † centeſimæ, cùm
4 in dies triginta, inque denarios centenos denarij ſinguli præſtabantur, vt in
cautione illa, de qua in *lege lecta* 40. D. *de reb. creditor. l. nihil intereſt* 4. D. *de*
nautic. fœner. l. ſi pro mutua 8. C. *ſi certum petatur. Paulus lib. 2. ſentent. tit.* 14. *§.*
2. Etſi enim vſuras illas centeſimas non ita paſſim frequentatas fuiſſe ſcio,
quòd omnium grauiſsimæ eſſent, præterquàm ſi traiectitia pecunia propone-
retur, cuius vſuras in infinitum ſtipulari licebat, fauore ſuſcepti per credito-
rem periculi, aut ſi ſpecies fœnori datæ eſſent, vt innuit Iuſtiniani conſti-
tutio in *d. l. eos*, illis verbis *vel ſpecierum fœnori dationibus*, abſurdum tamen
ſit legitimas vſuras interpretari, vt à quibuſdam factum video, eas quæ ma-
gis ſunt in vſu. Cùm nihil ſit tam euidens quàm legitimas eas eſſe quæ ſunt
licitæ, id eſt ad quas vſque ſtipulari licet, & vltra quas non licet. Eiuſmodi
vero fuit vſura centeſima *d. l. nihil intereſt* 4. D. *de nautic. fœnor.* Leuiſsimæ v-
5 ſuræ † ex contrario fuerunt trientes, ſic dictæ † quòd aſcenderent ad tertiam
6 vſque centeſimæ. Idque conſtat ex *§. vlt. l. cum quidam* 17. D. *de vſuris*, ſi iun-
gas *l. ſi legatum* 5. D. *de operib. public.* Idem enim Diui Pij reſcriptum vtro-
que loco refertur, ſed latiùs in *dicta l. ſi legatum*, & in hæc verba, Siquidem
dies non ſit ab his qui ſtatuas vel imagines ponendas legauerunt, præfini-
tus: à præſide prouinciæ tempus ſtatuendum eſt, & niſi poſuerint heredes,
vſuras leuiores intra ſex menſes, ſi minùs, vſuras ſemiſſes reipublicæ pen-
dant. Quod autem Vlpianus eo loco dixit *vſuras leuiores*, Paulus *in dicto §.*
vltim. dixit *vſque ad tertiam centeſima.* vt nulla † ratio ſit cur cum *Iacobo Cu-*
7 *cio lib. 5. obſeruat. cap.* 38. ea verba Triboniano adſcribere debeamus, aut cur
Triboniano ſuccenſere potiùs quàm Paulo, qua de cauſſa integrum Diui
Pij reſcriptum non retulerit. Triboniano enim ſatis fuit adhibere Vlpia-
num qui referret, & ex quo peti poſſet quod deerat Paulo. Paulus verò
ſatis habuit eas vſuras exprimere quæ priores heredibus ex prima mora in-
fliguntur, quamuis poſſint illæ creſcere ſi intra ſemeſtre mora non purge-
tur. Mediocres † vſuræ & moderatæ olim fuerunt non beſſes, vt quidam pu-
8 tant, ſed ſemiſſes, aut vocant ſemiſſales, quales erant quæ fiſco pendeban-
tur *dicta leg. cùm quidam* 17. *§. ſi debitores* D. *de vſuris l. vltim. Cod. de fiſcal. v-*
ſur. lib. 10. aut reipublicæ *lege Septitia* 10. D. *de pollicitation.* Erant enim me-
diæ inter maximas, id eſt centeſimas, & nullas. Etſi beſſium quoque ſtipu-
lationem ſatis frequentem fuiſſe non ignoro. Hæc cùm ita iure vetere ſe
9 haberent, Iuſtinianus † pro arbitrio, nec iniqua ſanè moderatione omnia
immutauit in *dicta lege eos*, *Codic. de vſuris.* Illuſtribus viris trientarias
duntaxat vſuras permiſit. Iuſtis negotiatoribus terrenis, mediterraneis aut ter-
reſtribus, beſſes, hoc etiam addito *Nouel.* 136. vt argentariis debeantur tam-
etſi eas ſtipulati non fuerint, Maritimis negotiatoribus, & iis qui ſpecies, id eſt,
vt ego interpretor, licèt contra vſurpatam prudentibus loquendi, rationem
merces fœnori dederint, quibus olim licebat vt diximus vſuras in infinitum
ſtipulari, ad centeſimam vſque conceſſit. Cæteris omnibus non niſi dimi-
diam centeſimæ, id eſt ſemiſſes vſuras, quas & præſtari voluit iis omnibus
caſibus quibus placuit vſuras exigi poſſe etiam citra ſtipulationem, vt con-
tingit in omnibus bonæ fidei iudiciis. Excipiuntur tamen vſuræ pupillares, &

ex iudi

ex iudicio ſocietatis debitæ ſi *Accurſio* & *Molineo* credimus ex *l. 1. C. de vſur.*
pupill. & l. ſi vt proponis 4. *C. de ædif. priuat.* Sed cùm leges † illæ ſint priorum 10
Imperatorum, manifeſtum eſt abrogatas eſſe conſtitutione illa Iuſtiniani quę
non ſolùm poſterior, ſed etiam generaliſſima eſt, vt & Iuſtinianus ipſe teſta-
tur in *l. 3. C. de vſur. rei iudi.* illo loco *in capitulis lege noſtra tãtũmodo exceptis.*
Vnus tantùm meo iudicio caſus† hodie ſupereſt in quo exigi poſſit vſura cẽ- 11
teſima extra quam illa Iuſtiniani† conſtitutione comprehenſum ſit. Is eſt ſi a-
gatur de vſuris rei vindicatæ poſt quadrimeſtre quod iudicato faciendo præ-
ſtitutum eſt ſoluendis ex *d. l.* 3. in qua hoc ipſum expreſſim ſancitum & con-
ſtitutũ eſt. Quanquã non obſcurè ea lex innuit priorem conſtitutionem quæ
vſuris certũ modũ dedit ad eas dũtaxat vſuras pertinere, quæ aut ex cõtractu,
aut ex quaſi cõtractu debeãtur, non etiã ad eas quę ex cauſſa iudicati. Proinde
ſiquis alius caſus eſſet in quo de vſuris centeſimis tractari ex iure vetere poſ-
ſet dum ne ex contractu vel quaſi debitæ eſſent, admitterem facilè etiam ho-
die centeſimas vſuras deberi, ſi quis Iuſtiniani conſtitutionibus locus reli-
ctus eſſet ‘præſertim cùm nec contrarię conſuetudinis in regione obtinentis
rationem vllam haberi Iuſtinianus voluerit. Sed tamen inuito Iuſtiniano in-
ualuit, vt iis etiam in locis qui Romanorũ legibus reguntur & apud nos lon-
gè aliud ius ſit quo vtimur quod ad vſuras attinet quàm quod fuit à Iuſtinia-
no conſtitutum. Vſuras enim cẽteſimas nullo prorſus caſu toleramus, ſed eos
qui decũces† excedunt tanquam improbos fœneratores cõdemnamus, & gra- 12
uiſſimis pœnis nunc pecuniariis nunc extraordinariis, prout delicti grauitas
& atrocitas exigit, etiam infamia notamus, ex *l. improbũ* 20. *C. de his qui notãt.*
infam. Ex ſtipulatione verò non ſemiſſes tantũ, ſed etiã decunces vſuras de-
beri admittimus, Dodrantes verò & beſſes multò magis. Si de vſuris nullis
conuenerit, & aliquæ debeantur, quincunces duntaxat adiudicamus: ſemiſſes
vix ferè vnquam, ſeptunces interdum mercatoribus, ſi pecunia iis debeatur
non pro pretio venditarum mercium, ſed ex cauſſa pecuniæ creditæ. Pragma-
ticorum noſtrorum vulgaris error eſt legitimas vſuras apud nos eſſe ſeptun- 13
ces cum ſemuncia. Proptereà quòd edicto diui Emanuelis Philiberti optimi
Principis noſtri expreſſim cautum fuit, vt venditæ pẽſiones frumẽti vel hor-
dei, vel olei aut vini, & aliarum huiuſmodi merciũ ad eum modum redigan-
tur. Sed manifeſtum eſt non id edicto illo egiſſe principem vt vſuris certum
modum ſtatueret, ſed tantùm vt improbam fœneratorum calliditatem quę
ſub licitæ emptionis colore anteà impunè graſſabatur, coerceret: nec tamen
leuiores aut medias vſuras princeps æquiſſimus eo caſu inductas voluit, ſed
eas quæ proximè ad grauiores accederẽt, propter incertam mercium æſtima-
tionem, quæ & alia multa ſingularia induxit contra iuris rationem. Quam-
quam non tam incerta æſtimatio, quàm incertus euentus fructuum fauora-
biles facit huiuſmodi conuentiones. Videtúrque potiùs his maioribus vſu-
ris cauſſam illud dediſſe quod etiam Iuſtiniani conſtitutio in *d. l. eos*; vſuras
centeſimas eo caſu permiſit quo ſpecies fœnori darentur. Quas enim ſpecies
fœnori dari ſenſerit non poſſum intelligere, niſi de mercibus intellexit: quæ
tamen Iureconſultis appellatione generis potiùs quàm ſpeciei continentur.
Denique nullus apud nos legitimus vſurarum modus eſt ſi decunces pro legi
timis non habeas, quandoquidem vt dixi tolerantur, dum ne initio anni
prorogentur, quod cùm fit, ex decuncibus fiunt decunces. Frequentiores
tamen† in iudiciis ſunt quincunces, in ſtipulationibus ſeptunces cum ſe- 14

Digitized by Google

muncia, aut Gallorum exemplo, vſuræ duodecimæ quæ anno demum duodecimo æquant ſortem. Galli dicunt *Au denier douze, huit & tiers pour cent.* Sed de vſuris alio loco diſſerendum nobis erit copioſiùs, non ſolùm contra pragmaticos, ſed præcipuè contra *Carolum Molineum*, qui in eo tractatu inſtar omnium eſt, ac cuius inter pragmaticos nō modò prima ſed ſuprema etiam autoritas eſſe ſolet. Illud tantum ſubiiciendum reſtat, non poſſe ratio-
15 nem habere quod pragmatici volūt, ſiue in fraudem legitimarum vſurarum antichreſis contracta ſit, ſiue venditor enormiſſimè & vltra iuſti pretij beſſem læſus fuerit, condemnādum creditorem aut emptorem ad fructuum reſtitutionem, nec viciſſim maiores quàm quincunces vſuras aut accipere aut compenſare debere. Quidni enim liceat ei retinere ex fructibus ad legitimum ſaltem vſque modum? Vt diſputauimus in *errorem* 9. *Decad. ſuperioris.* Nam ſi quis putet decunces vſuras grauiores eſſe quàm vt pro legitimis haberi debeant, cur non ſaltem admittemus beſſes, aut ſeptunces, aut denique vel ex ipſa Iuſtiniani lege quę nullo principis edicto ſublata eſt, ſemiſſes? Nam etſi tale pignus datum eſſet quod legitimis illis vſuris non ſufficeret, nihilominus legitimæ vſuræ deberentur *dicta lege, ſi pro mutua* 8. *Cod. ſi cert.*
16 *pet.* vbi quod quidā pro *minoris* legūt *maioris*, vel addita negatione *nō minoris*, faciunt ſane parum ſubtiliter. Non enim ſenſus ille eſt quem putant viri alioquin doctiſſimi & de iure noſtro meritiſſimi; Debitorem non ideò legitimas vſuras creditori denegare debere quòd ei non minoris pretij pignus dederit quàm ſumma ab eo accepta valeat, ſed hìc potiùs, creditorem qui pignus accepit impar vſuris legitimis, non ideò cogendum eſſe vt leuioribus contentus ſit, àut prohibendum ne legitimas quæ maiores ſunt exigat, quia nihil commune habet æſtimatio pignoris cum debiti iure, ſiue debitum ſortis intelligas ſiue vſurarum, & quemadmodum non eo plus debetur creditori quod pluris ſit pignus quàm quod debetur, ita nec minùs ob id ſolùm quòd pignus ſit minoris.

ERROR SECVNDVS.

De diuiſione fructuum inter emptorem & venditorem ſecuta ex pacto retrouenditione.

SVMMARIA.

1 *Locus ſingularis in iure de venditione ſub pacto de retrouendendo & eius expoſitio.*

2 *Si Venditor ſub pacto de retrouendendo pretium reddiderit, aut legitimè obtulerit an ex tempore fructus omnes ſint ei reſtituendi, an pro rata temporis diuidendi.*

3 *Pragmaticorum ſententia diuiſionem probans.*

4 *Quo prætextu æquitatis moueantur pragmatici.*

5 *Rerum dotalium fructus diuiduntur inter maritum & vxorem aut eorum heredes pro rata temporis quo matrimonium ſtetit.*

6 *Fructus omnes ante retrouenditionem pertinere ad emptorem; poſt eam verò ad venditorem, contra pragmaticos.*

7 *Facilis eſt & fauorabilis fructuum aut vſurarum remiſſio præſertim cum agitur ex pacto in traditione rei venditæ adiecto.*

8 *Contracta venditione ſub pacto addictionis in diem is cui addicta res eſt non ſolùm vſucapere poteſt, ſed & fructus & acceſſiones omnes lucrari.*

9 *Quod de fructibus dotis inter virum & vxorem diuidendis conſtitutum eſt, ex ſpeciali dotis iure pendet: nec ad venditionem ſub pacto de retro-*

Digitized by Google

de retrouendendo trahi poteſt: & cur.
10 *Cautela pro emptore ſub pacto de retrouendendo.*

MONVIMVS in ſuperioribus vnicum † in toto iure locum 1
eſſe in quo agatur de venditione facta ſub pacto De retrouendendo. Is eſt in *l. 2. C. de pact. inter empt. & vend.* Cuius verba hæc ſunt, *ſi fundum parentes tui ea lege vendiderunt, vt ſiue ipſi, ſiue heredes eorum emptori pretium quandocumque vel intra certa tempora obtuliſſent, reſtitueretur, téque parato ſatisfacere conditioni dictæ heres emptoris non paret, vt contractus fides ſeruetur, actio præſcriptis verbis vel ex vendito tibi dabitur habita ratione eorum quæ poſt oblatam ex pacto quantitatem, ex eo fundo ad aduerſarium peruenerunt.* Quæ poſtrema ver[illegible]bus perceptis ex re vendita retrouendenda, vt emptor ad eorum reſtitutionē condemnetur, ex quo venditor pretium reddidit aut legitimè etiam obtulit. Sed an fructus † omnes venditori reſtituendi, an pro rata temporis diuidendi ſint, inter iuris interpretes dubitatur. Pragmatici † non dubitant, ſed pro 3 exploratо habent diuidendos eſſe pro rata temporis quo venditio ſtetit, vt ſi venditio tertia parte anni conſtiterit, tertiam quoque fructuum partem ferat emptor, reliquæ partes duæ ad venditorem pertineant, ſiue illius anni quo facta retrouenditio eſt, percepti fuerint fructus ab emptore, ſiue à venditore. Cuius ſententiæ primus autor fuiſſe creditur *Raphael Comenſis ad legem, qui Romæ 122. in principio, Dig. de verborum obligation.* Quem ex recentioribus poſt alios innumeros ſecutus eſt *Didacus Couarr. libro 1. variar. reſolut. capite 15. numer. 7.* Mouentur pragmatici † non iuris ratione aliqua, ſed vt ſolent, 4 prætextu illo æquitatis, quòd ferendum non ſit ſiue emptorem ſiue venditorem & rem ſimul & pretium habere: quorum tamē alterutrū contingere neceſſe eſſet ſi ad eū ſolùm totius anni fructus pertineret qui eos percepiſſet. Nā ſi ante retrouenditionem percepti fructus eſſent, frueretur primus emptor & re & pretio. Haberet enim pretium ſibi à venditore reſtitutum, & nihilominus fructus iam à ſe perceptos retineret. Sin poſt retrouenditionem, haberet primus venditor integros fructus, qui fortaſſe toto illo anno pretium retinuiſſet, nec niſi pridie meſſium aut vindemiarum pecuniam emptori reddidiſſet. In eámque rem abutuntur etiam pragmatici poſt interpretes exemplo rerum dotalium, quarum † fructus conſtat 5 diuidi inter maritum & vxorem, aut eorum heredes, pro rata temporis quo matrimonium ſtetit *lege fructus 7. §. Papinianus alias. lege diuortio. D. ſolut. matrimon.* Non erimus hîc longiores in errore iſto refellendo, quia de eo latiùs tractandum nobis erit in Diſputationibus forenſibus. Hoc tantùm dicemus, iuris † rationem nullomodo pati, vt fructus qui iure ſoli 6 non ſeminis percipiuntur, *lege qui ſcit 25. §. 1. Digeſt. de vſuris.* ad alium pertineant quàm ad eum qui & dominus eſt, cùm eos percipit, & iure dominij percipit. Atqui emptor ante retrouenditionem plenè dominus eſt fundi ſibi venditi, licèt retrouendere teneatur: ſicut & venditor poſt factam retrouenditionem. Ergo neceſſe eſt, vt qui fructus ante retrouenditionem percepti ſunt ab emptore, toti & integri ad eūm ſolum pertineant, & contra quotquot à venditore poſt retrouenditionem, toti & integri ad venditorem. Nec eſt quod aut hic aut ille ſiue hoc ſiue illo caſu conqueratur. Imputare namque ſibi debet qui nullam fructuum partem habet, cur

Q j.

non melius ſibi proſpexerit, & ab initio cauerit, vt ſecuta quandocumque retrouenditione fructus pro rata temporis diuiderentur. Quod ſi factum eſſet, iniquitas hodie nulla ſubeſſet, quæ tamen potuit contrario euentu aduerſario nocere ſi retrouenditio alio tempore, id eſt, aut citiùs aut tardiùs facta fuiſſet: Ideóque nec iniquum ius illud videri poteſt propter dubium in vtramque partem euentum. Non enim audiendus eſt qui id petit cuius contrarium in contrarium euentum non fuerat poſtulaturus *leg. penultim. Cod. de ſo'ut.* Etſi autem in eo diſpar conditio eſt emptoris & venditoris, quod in emptoris poteſtate non eſt quo tempore fiat retrouenditio vt fructus ſibi acquirere poſſit, ſed totum id in arbitrio venditoris eſt qui ius [illegible]que & ab inuito etiam emptore, tamen non habet emptor de quo magis quam de ſe conqueratur, qui tam liberam dederit venditori quandocumque redimendæ rei facultatem, nulla de participandis fructibus aut de vſuris adiecta pactione. Neque verò nouum eſt, vt emptor & fructibus fundi venditi & vſuris pretij careat eo anno quo fit retrouenditio cùm ita conuenit, licèt bonæ fidei contractus qualis eſt emptionis & venditionis non perinde hanc admittat conuentionem, vt aut venditor, aut emptor & pretium ſimul & rem amittat *leg. ex empto* 11.
7 *§. vltimo. Dige?. de actione empt.* Facilis † enim eſt & fauorabilis fructuum aut vſurarum remiſſio: præſertim cùm agitur ex pacto in traditione rei venditæ adiecto, *leg. in traditionibus* 48. D. *de pact.* Si talis pactio ſit quam æquitas contractus non reſpuat. Nam cùm pactum ſit pars pretij *leg. fundi partem* 73. D. *de contrahend. emption. leg. ſi venditor* 6. *in fin. Digeſt. de ſeru. export.* conſequens eſt vt quo commodius aut incommodius venditori pactu n eſt, eo pluris aut minoris vendidiſſe rem videatur, quemadmodum *vltimo ſuperioris Decadis capite* à nobis tractatum eſt. Sic dicimus
8 contracta † venditione ſub pacto addictionis in diem, cum cui addicta res eſt non ſolùm vſucapere poſſe, ſed & fructus & acceſſiones omnes lucrari *leg. 2. §. vltim.* D. *de in diem addict.* non adhibita diſtinctione illa quæ fructuum diuiſionem pro rata temporis inducat, licèt alio emptore exiſtente qui meliorem adferat conditionem, atque ita reſoluta venditione fructus perceptos ſimul cum re ipſa reſtitui oporteat *lege 4. §. idem Iulianus lib. 1. & l. 6. D. eodem.* Nec ſimile eſt quod pragmatici adferunt de
9 fructibus dotis inter virum & vxorem diuidendis. Id enim † fit ſpeciali quodam iure dotis quæ non adeò abſolutè mariti eſt, conſtante matrimonio, vt non etiam mulieris eſſe videatur. Quamuis enim ſit in bonis mariti, eſt tamen mulieris, *l. quamuis* 75. D. *de iure dotium. l. in rebus* 30. *Cod. eodem.* Quamquam in illa etiam quæſtione De fructuum dotis diuiſione erratum eſt à pragmaticis & interpretibus, vt docuimus *lib. 1. Coniecturarum capite* 13. At res vendita ſub pacto de retrouendendo quandiu retrouendita non eſt, pleno iure eſt emptoris licèt cum onere retrouendendi. Ideóque nihil prohibet cur non fructus omnes ad eum quoque pertineant. Idémque in venditore tractari poteſt poſt retrouenditionem. Et ſanè verba illa legis *habita ratione eorum quæ ad aduerſarium peruenerunt* demõſtrant apertiſſimè fructus venditori eſſe reſtituendos, non etiam diuidendos. Pruden-
10 tiùs igitur † faciet emptor ſi cùm paciſcitur de retrouendendo, paciſcatur etiam de fructibus pro rata temporis diuidendis, vt neque dubitationi, neque errori pragmaticorum locus ſuperſit: idque paſſim hodie fit. Peccatur

tur tamen à pleriſque in eo quòd paciſcuntur ne antè certum anni tempus redimere venditor poſſit. Quæ pactio ſicuti facit vt redimendi facultas non ſit libera, ita ſuſpectam reddit venditionem, vt contractus ſimulatus & pignoratitius potiùs quàm venditio facta eſſe videatur, ſecundùm ea quæ diximus *in errorem* 9. *Decadis ſuperioris*. At pactio illa De fructibus inter redemptorem, & retrouenditorem diuidendis, non facit vt eo minùs libera ſit redimendi facultas, neque iniqua eſt aut à iuris ratione aliena cùm habet expreſſam contrahentium voluntatem.

ERROR TERTIVS.

De diuidendi inter emptorem & debitorem fructibus pignorum redemptorem.

SVMMARIA.

1 Ex ſententia pragmaticorum fructus pignorum redemptorum inter emptorem & debitorem diuidendi ſunt pro rata, temporis.

2 Pignorum redemptorum fructus omnes debitori intra conſtitutum tempus redimenti reſtituendos eſſe contra pragmaticos. & nu.13.

3 Idq; obtinere ſiue creditor ipſe emerit.

4 Siue extraneus.

5 Pignorum venditio quatenus ſit ſimilis venditioni quæ fit ſub pacto addictionis in diē.

6 Vt verum ſit illud, facta venditione ſub pacto additionis in diem fructus interea perceptos priorem emptorem ſequi.

7 Venditio quæ fit ſub pacto de retrouendendo, vt differat à venditione pignorum, item ea quæ fit ſub pacto addictionis in diem.

8 Retrouenditio ſecunda eſt venditio, non reſolutio prioris

9 Cùm pignus redemptum intra ſemeſtre redimitur nulla venditionis Laudemia debentur: ſecus ſi poſt ſemeſtre.

10 Facta venditione ſub pacto de retrouendendo iam tum laudemia debentur directo domino: ſecuta verò retrouenditione alia etiam debentur niſi conſuetudo loci obſtet.

11 Facta retrouenditione apud Sebuſianos nulla debentur laudemia, at apud Sabaudos debentur dimidiata.

12 Cùm redimuntur pignora vendita, non tam redimi quàm lui deberi.

14 Explicatur ſententia ſtatuti Sabaudici conſtituentis vt fructus poſt addictionem percepti ſpectent ad emptorem.

15 Fructus pendentes qui propriè dicantur.

NON abſimilis, ſed tamen ſuperiori errori contrarius hic eſt hoc ipſo quod ad hunc quoque caſum quo agatur de fructibus † pignorum redemptorum inter emptorem & debitorē 1
diuidendis, pragmatici noſtri idem ius accommodant quod ad illum de quo proximè diximus, De fructibus rei retrouenditæ inter emptorem & venditorem partiendis. Putant enim vtroque caſu diuiſionē pro rata temporis fieri debere. Nos verò ſicuti fructus omnes rei retrouenditæ ad eum pertinere probauimus qui eos percepit, ſiue emptor ille ſit ſiue venditor, dum ne culpa vlla aut mora arguatur, ita & pignorum redemptorum † fructus omnes debitori intra conſtitutum tempus redimēti 2
reſtituendos eſſe contendimus, nec ſolùm ſi creditor ipſe in vicem extranei emptoris emiſſe propinatur, quod minorem habet dubitationem, ſed etſi extraneus. Nam cùm creditor † ipſe emit, licèt extranei potiùs quàm creditoris 3
iure, in eo tamen meliùs iuris habere debet quàm extraneus, quòd non tam alienæ rei comparandæ quàm ſui conſequendi gratia ad emptionem acceſſiſſe intelligitur, quemadmodum dici ſolet de fideiuſſore qui pignora debitoris emit à creditore aut à confideiuſſoribus, aut de ſecundo creditore qui

emit à primo *l. cùm ſecundus §. §. 1. & l. ſeq. D. de diſtract. pignor. l. Paulus reſpondit* 59. D. *de fideiuſſ.* Ideóque ſufficit inde nē illum pręſtari quòd facilè ſit etiāſi fructuū commodum ei eripiatur dummodo debitum integrum cum vſuris & legitimis acceſſionibus ipſi præſtetur *l. 1. Cod. de dolo. l. ſi mandatu* 59. §. 1. *D. mandat.* Nec dubitarem quin eodem exemplo admitti etiam deberet ſaluum debitori ſupereſſe ius quandocumque offerendi debiti niſi ſtatuti noſtri autoritate in eam rem ſemeſtre conſtitutum eſſet, ne creditori neceſſe ſit ad impetrandum dominium eas ſequi ambages quas induxit conſti-
4 tutio Iuſtiniani *De iure dominij impetrando.* Cùm verò extraneus † emit pignus, ſicuti verus nudúſq; emptor eſt, ita nemo dubitat quin veri prorsúſq; extranei emptoris, non etiā creditoris iure cēſeri debeat, ac proinde fructus omnes quos ex die ſibi factæ addictionis percepit, ſuos faciat. Quod & ſta-
5 tuti verbis expreſſim cautum eſt. Sed tamē dico eam venditionem † perſimilem eſſe venditioni quæ fit ſub pacto addictionis in diem, quæ licet purè contracta ſit, tamen reſoluitur ſub conditione, ſi intra dictū diem alius emptor exiſtet, qui meliorē adferat conditionem *l. 1. 2. & ſeqq. D. de in diem addict.* Nam & hęc pignorum vēditio ſiue ipſi creditori, ſiue extraneo emptori fiat, purè quidem fit & abſolutè, ſed ita tamē vt reſoluatur, & pro non facta habeatur ſi intra ſemeſtre pretium à debitore reddatur: interea igitur nō niſi in tempus illud ſemeſtre addictio fieri intelligitur: Et conſequenter ſicut is qui emit ſub pacto addictionis in diem fructus intereà lucratur iure dominij ſi venditor dominus fuit, aut iure bonæ fidei poſſeſſoris, itémque vſucapit ſi à non domino emit, ita & is qui pignora emit ſub haſta, dominus quidem ex cauſa emptionis factus videri debet ſecuta ſcilicet traditione, ob idque fructuum quoque commodum tanquam dominus ſibi proculdubio acquireret etiamſi ſtatuto nihil dē ea re cautum eſſet. At non inde fit quominus reſtituto intra ſemeſtre pretio, atque ita reſoluta ipſo iure venditione eos fructus reſtituere debeat debitori, lucraturus eos vtique ſi pretium ſuo
6 tempore redditum non fuiſſet. Nam & quod diximus facta venditione † ſub pacto addictionis in diem, fructus interea captos emptorem priorem ſequi toties verum eſt quoties nullus emptor exiſtit qui meliorem conditionem adferat, vel falſus exiſtit, ſin verò extitit emptor, poſterior fructus refundere priorem debere conſtat, & quidem venditori *l. item quod dictum eſt* 6. *D. eod.* quaſi nulla facta venditione quæ ſcilicet ſemel reſoluta conuentionis iure, & poteſtate, pro eo habetur acſi facta numquam fuiſſet, in eóque nimirum
7 differt † vēditio pignorum itémque illa quæ fit ſub pacto addictionis in diē, ab ea quæ fit ſub pacto de retrouendendo. Nam cùm pactum de retrouendendo interceſſit, non reſoluitur venditio ipſo iure, & ſola conuentionis poteſtate, ſed facto opus eſt, & retrouenditione & retrotraditione, quoniam & conuentionis verba ſic ferunt: Indéque fit vt etiamſi ſecuta ſit retrouenditio, fructus tamen ab emptore priùs quàm retrouēderet perceptos, ab eo reſtitui non oporteat, vt pote quos non poſſit videri nullo iure percepiſſe, cum eos perceperit ex cauſſa venditionis quę tunc ſubſiſtebat vt ſemper ſubſtitit. Sequēs enim vēditio ab emptore vēditori facta licèt ex neceſſitate pacti, non magis extinguit, aut perimit priorem quàm ſi eam rem à ſe emptam abſolutè nullóque adiecto pacto de retrouendēdo emptor, aut venditori ſuo aut
8 etiam alij vltrò vendidiſſet. Retrouenditio † enim, ſecunda venditio eſt non reſolutio prioris. Inter quæ quantum interſit, nemo non videt. At

cùm

cùm pignus venditum redimitur, nulla traditio aut noua venditio fit, ſed hoc ipſo quòd emptori pretium reſtituitur cum legitimis acceſſionibus, venditio quæ fuerat non ſolum contracta, ſed etiam perfecta reſoluitur ipſo iure, & dominium emptori quæſitum ad debitorem ſuo marte recurrit. Ex quo illud etiam fit vt nulla hoc caſu † venditionis laudimia debeantur, ſecuta redemptione intra legitimum tempus, quaſi nulla venditione intercedente. 9
Sed incipit laudimiorum obligatio eo tempore quo iam elapſo ſemeſtri certum eſſe incipit venditionem ampliùs reſolui non poſſe. Licèt eo caſu laudimia quæ non niſi propter dominij tranſlationem debentur, præſtanda ſint ei qui tempore addictionis dominium directum habuit, aut ius à domino directo, non autem illi qui eo tempore quo ſemeſtre elapſum eſt, quia verum eſt iam inde ab ipſo addictionis die dominium tranſlatum fuiſſe in emptorem, quamuis non irreuocabiliter. Ex contrario conſtat venditione † facta 10
ſub pacto de retrouendendo, iam tum laudimia deberi domino directo; ſecuta verò retrouenditione, alia etiam deberi ſi conſuetudo loci non obſtet, quæ cùm ſeruanda ſit, plerumque facit vt ex retrouenditione † aut nulla, vt 11
apud Sebuſianos meos, aut minora & dimidiata, vt apud Sabaudos debeantur. Eóque iure paſſim Senatus noſter vtitur. Denique cùm pignora † re- 12
dimuntur, non tam redimi quàm lui videntur, tametſi verum ſit pignoris ius extinctum fuiſſe ex quo quæſitum eſt creditori dominium quia non potuit ei res ſua eſſe obligata *l. penult. §. vlt. ff. de except. rei iudic.* Sed lui dicuntur, quia ſola pretij & legitimarum acceſſionū oblatio perinde diſſoluit ius omne creditoris, acſi ſolum pignoris vinculum fuiſſet. Nam & ſic dicimus eos qui ab hoſtibus redempti ſunt, quoad exſoluatur pretium magis in cauſſam pignoris conſtitutos quàm in ſeruilem conditionem detruſos videri *l. 2. C. de poſtlim. reuerſ. l. ſi patre* 15. *l. ſi quis ingenuam* 21. D. *eod.* Et tamen certum eſt conſtitutionem quæ de redemptis lata fuit, eum ſeruum qui redemptus eſt facere redimentis *l. in bello* 12. *§. ſi quis ſeruum & ſeq.* D. *eod.* Nimirū quia intra legitimum tempus offerendi pretij facultas priori domino ſupereſt, vt ibidem Tryphoninus ait, eáque oblatio luitio magis quàm noua emptio aut redemptio dici debet, vt Vlpianus loquitur in *d. l. ſi patre redempto.* Conſequens igitur eſt ſuperioribus vt emptor † omnes eos fructus quos ex pignore ven- 13
dito, ſibíque velut in diem addicto percepit, perinde debeat reſtituere debitori intra ſemeſtre luenti, acſi nulla dum facta venditione pignus lueretur. Idem enim beneficio ſtatuti ius manet debitoris poſt addictionem intra tamen ſemeſtre tempus, quod fuit ante addictionē: nec plus iuris habet extraneus emptor quàm creditor ipſe ad impediendam pignoris luitionem, quia quòd extraneus potiùs quàm creditor emerit, deteriorē facere debitoris conditionem non poteſt. Nec eſt contrarium quod ſtatuti † verbis nominatim 14
cautū legimus, vt fructus poſt addictionem percepti ſpectent ad emptorem. Nam & idem, vt diximus, proditum eſt de emptore cui vēdita res eſt ſub pacto addictionis in diem *d. l. 2. de in diem addict.* neque tamen ea res excludit quominus emptor eos fructus reſtituere debeat venditori reſoluta quandocunque venditione *d. l. item quod dictum* 6. *eod.* Atque ita ſtatutum intelligendum eſſe ex eo apparet, quod eo ipſo cautum etiam eſt, vt ſemeſtre luendis pignoribus datum incipiat currere à die addictionis, nec proinde de aliis fructibus ſenſiſſe videri poteſt, quàm de iis qui intra proximum illud ſemeſtre percepti ſint. Atqui non poſſunt intra ſemeſtre illud percipi niſi qui iam tùm

Digitized by Google

cùm venditus & addictus fundus fuit, in fundo fuerint & pars fundi. Non enim fructus tantùm pendentes videntur pars fundi *l. fructus pendentes* 44. *D. de rei vindic.* Sed & fundi eſſe intelligitur, quicquid terra in ſe tenet *l. fundi* 17. *D. de action. empt.* & quod *dicta l. fructus*, tractat de fructibus pendentibus non ſit hac parte ad differentiam ſatorum nondum pendentium, vt
15 quidam putant, licèt magis eleganter & propriè pendentes † dicantur, qui iam ſunt maturi, ſed tantùm ad differentiam perceptorum, & à fundo ſeparatorum. Itaque fructus illi ad emptorem pertinent non tanquam fructus rei venditæ, quos neceſſe ſit ipſius rei dominium & dominum ſequi, ſed tãquam ipſi venditi, cùm vtique nemo ſit qui non pluris æſtimet fundum ex quo fructus intra ſemeſtre ſperet, quàm ſi nullos eo anno ſperaret. Igitur reſtituto pretio ſatis conſulitur indemnitati emptoris, etiam quod ad fructus attinet, dummodo vſurarum ſicut & cæterarum acceſſionum ratio habeatur. Etſi autem à ſtatuto hactenus contraria lege receſſum eſt, quod hodie ſemeſtre illud non à die addictionis, &, vt ſtatutum loquitur, expeditionis computatur, ſed à die miſſionis in poſſeſſionem. Non eo minus tamen rectum etiam hodie eſt argumentum quod à ſtatuto dicitur, ratione fructuum, quandoquidem ſtatuti potiſſimum autoritate nituntur qui fructus emptori aut in totum, aut pro rata temporis adiudicant.

ERROR IV.

Cuius temporis ratio habeatur in adiudicandis laudimiis ex pignorum venditione debitis.

SVMMARIA.

1 *Si alius fuit dominus directus aut ab eo cauſſam habens eo tempore quo pignus venditum & emptori addictum eſt, alius verò eo tempore quo ſemeſtre pignoribus luendis præſtitutum præterierit: laudemia debentur priori, non poſteriori.*

2 *Qua ratione diſputent pragmatici quidam laudemia potiùs deberi ei qui poſterioris temporis ius habuit.*

3 *Venditionem pignorum de qua agitur ſub conditione contractam videri pragmaticis, quòd ſit reſolubilis ſub conditione.*

4 *Sed falsò.*

5 *Error pragmaticorum de conditionibus retrotrahendis exploditur.*

6 *Alia ratio pragmaticorum, qua ſtatuunt laudemia non priori ſed poſteriori domino aut conductori deberi.*

7 *Rationis refutatio.*

8 *Accuratè expenditur ratio ſub nu. 2. propoſita.*

1 QVOD obiter ſuperiore capite diximus, ſi alius fuit † dominus directus, aut à domino directo cauſſam habens eo tempore quo pignus venditũ & emptori addictũ eſt, alius verò eo tẽpore quo ſemeſtre luendis pignoribus venditis præſtitutũ præterierit, laudimia ei deberi qui anterioris tẽporis ius habuit, nõ ei qui poſterioris, certiſſimi quidem iuris eſt, præſertim poſt ſenatuſconſulta in hac re reddita, quæ dubitationẽ omnẽ ſuſtulerunt, ſed tamen non ita facile pragmaticis omnibus cognitũ, nec iis ipſis quibus cognitũ eſt, qua ratione admitti debeat, ſatis perſuaſum. Non enim de-
2 ſunt, qui in contrariũ diſputent † eius potius temporis rationẽ in adiudicãdis laudimiis habendam eſſe quo dominiũ irreuocabiliter, vt loquuntur, acquiratur emptori, quod non priùs euenit, quàm elapſum ſit ſemeſtre intra quod luendi

luendi ius ſaluum eſt debitori. Nam etſi laudimia debentur ob ſolam domi-
nij tranſlationem quam porrò conſtat fieri ex ipſo die addictionis, & ante
lapſum ſemeſtre, cùm tamen ea tranſlatio ſic facta ſit vt ſola pretij & acceſ-
ſionum reſtitutione intra legitimum tempus ſecuta, non ſolum traditio, ſed
ipſa quoque traditio ad nihilum deducatur, non videtur ſatis habere virium
ad inducendam obligationem laudimiorum, niſi à quo tempore incipit non
poſſe reuocari. Eiúſque rei fortiſſimum argumentum illud præbet, quod o-
mnes fatentur & veriſſimum eſt, ſi intra ſemeſtre luitio facta ſit, laudimia
nulla deberi, licèt non eo minùs verum ſit, tranſlationem dominij aliquādo
factam fuiſſe, quia illud etiam verum eſt ſic factam eſſe, vt poſtea ipſo iure
fuerit reſoluta: Annon igitur maior ratio eſt, vt ei debeantur qui ſit do-
minus directus aut à domino directo cauſſam habeat eo tempore quo ſic
perficitur, & confirmatur venditio, vt neque reſolui, neque reuocari am-
pliùs poſſit? Magna ſanè & ardua obiectio eſt, quam vix poſſit meo iudi-
cio diſſoluere qui non in prudentum meliùs quàm in pragmaticorum ſcho-
lis & ſubtilitatibus ſit verſatus. Addunt pragmatici, venditionem † hanc 3
pignorum, cùm luitione intra conſtitutum tempus ſecuta reſolubilis ſit, vt
ita loquar, perinde habendam ac ſi facta eſſet ſub conditione illa ſi intra ſe-
meſtre pignus non luetur. Vt inferant conditionis euenientis potiùs quàm
contractus initi tempus ſpectādum eſſe. Et ſi enim non ignorant in cōditio-
nalibus quoque ſtipulationibus ſpectari ſolere tempus quo contractum fuit,
nō quo conditio euenit *l. ſi filiusfamilias 76. D. de verbor. obligat.* Id tamen cū
ea ratione fieri putent quòd conditio quandocūque exiſtens ad tempus con-
tractus retrotrahatur ex *l. qui balneum* 9. *&* *l. potior* 11. D. *qui potior. in pignor.
hab.* negāt locū habere poſſe in propoſito, quia conditio illa, *Si pignus intra ſe
meſtre nō luetur* eſt poteſtatiua, vt loquūtur, quādoquidē eſt in poteſtate debi
toris vt pignus luat aut nō. In quo genere poteſtatiuarū conditionū receptū
eſt vt nūquam retrotrahantur in præiudicium tertij cui medio tempore ius
quæſitum eſt, quaſi medio inhabili conſtituto quod habile eſſe deberet ad
inducendam retroactionem. Ne alioqui in poteſtate debitoris ſit creditoris
ſui deteriorē facere conditionem. Sed ratio hæc in multis peccat. Et in eo pri
mùm quod venditionē hanc † pignorum ideò ſub conditione contractā vi- 4
deri vult, quòd ſit reſolubilis ſub conditione. Multū namque intereſt an ven-
ditio ſub conditione contrahatur, an ſub conditione reſoluatur, vt Iurecon-
ſulti tractāt in venditione facta ſub pacto addictionis in diem aut legis com-
miſſoriæ *l. 1. & 2. D. de in diem addict. l. 1 & 2. D. de leg. commiß.* Hæc de qua a-
gimus proculdubiò contrahitur purè, cùm neque mora neque conditione
ſuſpendatur, licèt ſub ea conditione reſolui poſſit, ſi intra ſemeſtre pignus
luetur. Itaque fruſtra quęras an conditio ſit poteſtatiua, an caſualis: aut mix-
ta, quæ tres conditionum ſpecies ſunt, itémque an retrotrahi debeat néene.
Sed tamen illa etiam ratio hæc pragmaticorū improbabilis eſt, quòd ex in-
terpretum ſententia tractat de conditionibus retrotrahēdis. Nam † cùm con- 5
ditio quælibet priuſquàm exiſtat nihil niſi priuatio ſit, poſtquam verò extitit
ne quidē priuatio ſit, non magis fieri poteſt vt exiſtens retrotrahatur, quàm
vt quod non eſt, ſit aut eſſe videatur, quandoquidem & ipſa priuatio nihil a-
liud quàm nihil eſt, vt pluribus contra interpretes diſputauimus *lib. 15. Con-
iectur. cap. 6. & 7.* Tertia pragmaticorū † ratio affertur quòd addictio illa quę 6
ſit ſub haſta, adeóque miſſio in poſſeſſionem quæ ſequi ſolet, comparanda

videatur primo decreto,adiudicatio verò illa quę poſt elapſum ſemeſtre fie-
ri ſolet, ſecũdo decreto:nam & decreti interpoſitio à pragmaticis appellatur,
poſt quam nullum luendi ius ſupereſt debitori. Certum autem eſt non ex
primo decreto dominium acquiri,ſed ex ſecundo. Quod ſi ita eſt,illud etiam
conſequens videtur,vt laudimia , quæ, vt diximus, propter dominij tranſla-
tionem debentur,non priori ſed poſteriori do.. ino aut conductori debean-
7 tur. Sed ridicula † quoq; hæc ratio eſt,duabus potiſſimùm de cauſſis,quarum
vna illa eſt,quod nihil commune aut ſimile habet huiuſmodi vẽditio & de-
creti interpoſitio cum primo & ſecũdo decreto de quo Iureconſulti quibuſ-
dam locis tractant, vt ſequenti capite dicemus. Altera quòd dominium pi-
gnoris ſub haſta venditi irreuocabiliter acquiritur emptori , non per illam
interpoſitionem decreti quod illi ſecundo decreto comparant,ſed per ſolum
lapſum temporis,id eſt ſemeſtris quod luendis pignoribus prę̨finitum eſt,li-
cèt nondum decreto confirmatæ ſint ſubhaſtationes , quia nec niſi poſt ela-
8 pſum ſemeſtre decreto confirmari poſſunt. Illa tamen ratio †pro ſecũdo do-
mino aut conductore multum vrgere videtur,quòd dominium ex addictio-
ne emptori quæſitum,non niſi poſt lapſum ſemeſtre, irreuocabiliter quęſitũ
intelligitur. Eo autem tempore nõ videtur res eſſe integra vt iam inde à die
addictionis dominiũ planè & irreuocabiliter quæſitum eſſe retrofringatur,
obſtante nimirum eadem ratione , quæ conditionis poteſtatiuæ retroactio-
nem impediret ſi conditio alioquin retrotrahi poſſet , quod alteri medio
tempore ius quæſitum ſit. In eóque tota huius quæſtionis difficultas conſi-
ſtit. Impugnat enim apertiſſimè & validiſſimè rationem illam,quę vna pro-
priore dom.ino & conductore facit,quod iam inde à die addictionis perfecta
venditio,pignoriſque dominium in emptorem tranſlatum intelligatur. Re-
ſpondendum eſt ſubtiliter quidem,ſed tamẽ verè, & ex ipſiſſima iuris ratio-
ne,imò verò eſſe omnia integra,quia nec quicquam iuris videri poteſt quæ-
ſitum poſteriori domino aut conductori priuſquàm ſemeſtre totum præte-
rierit,quando nec antè laudimia debentur. Atqui vltimo ſemeſtris inſtanti
& conſe quenter priuſquam ſemeſtre pręterierit (vltimum enim illud inſtans
ſemeſtri neceſſariò computandum eſt) certum eſſe incipit non poſſe luitio-
nem pignoris fieri intra tempus cõſtitutum, quoniam ſolutio & numeratio
debiti quam præcedere neceſſe eſt ad luendum pignus,conſiſtit in facto , &
quidem in facto hominis,quod vnico inſtanti perfici nõ poteſt arg. *l. vlt.* D.
de condic, inſtit. Ex eo igitur inſtanti,ac proinde re adhuc omnino integra in-
cipit dominium abſolutè & irreuocabiliter ei quæſitum eſſe cui pignus fue-
rat venditum & addictum. Non enim ſicuti ineſſe eſt totum ſemeſtre, id eſt
vltimum quoque ſemeſtris inſtans præteritum eſſe vt incipiat præſtandorũ
laudimiorum obligatio,(quia prius eſt vt initio fieri poſſe deſierit, neq; ve-
rò eodem inſtanti vtrumque fieri poteſt , vt & cauſſa naſcatur & effectum
producat) ita dici poteſt neceſſarium eſſe vt inſtans illud præterierit ad irre-
uocabilem acquiſitionem dominij , quod ſcilicet iam anteà fuit quæſitum,
nam vt reuocari non poſſit in priuatione & in ſolo temporis lapſu conſiſtit
nõ in facto, ideóque vnico inſtanti incommodè id fit, nec naturę aut homi-
nis factum vllum requirit:inde fit vt vltimo ſemeſtris inſtanti verum ſit di-
cere dominium emptori ex addictione irreuocabiliter quęſitum eſſe. Neque
tamen verũ ſit dicere laudimia iam deberi, ſed tantùm debita iri, quia prius
quoque eſt vt dominij acquiſitio ſit irreuocabilis, aut vt meliùs loquar, irre-
ſolubilis,

Digitized by Google

ſolubilis, quàm vt ob eam laudimia vlla debeantur, cùm ea irreuocabilis acquiſitio dominij velut cauſſa ſit quæ producit laudimiorum obligationem tanquam effectum. Sed etſi eodem inſtanti vtrũque fieret vt & dominij acquiſitio irreuocabilis eſſe & laudimia deberi inciperent, non eo minùs tamẽ res integra videri deberet ad confirmandum ius priori domini, vel conductoris, quia ad excludendum poſteriorem ſufficit nihil eum iuris habuiſſe in petendis laudimiis medio tempore, id eſt à die addictionis & quæſiti per addictionem dominij ad eum vſque diem quo cœperit facta eſſe irreuocabilis acquiſitio dominij quæ fuerat antea irreuocabilis. Ita enim apparet eſſe omnia integra, nec medium vllum inhabile eſſe quod ab extremo à quo ad extremũ ad quod liberum impediat regreſſum. Atque hæc vera veri iuris ratio eſt quàm ex pragmaticis etiam illi ignorant qui vt benè ſentiant caſu magis quàm ratione mouentur.

ERROR QVINTVS.

De interpoſitione decreti quæ fit antequàm ſemeſtre prœterierit.

SVMMARIA.

1 Error Sebuſianorum pragmaticorum qui eodem libello peti volũt miſſionem in poſſeſſionem pignorum venditorum & interpoſitionem decreti, vt ſubhaſtationes rectè facta pronuntiẽtur.

2 De erroris refutatio.

3 Pragmaticos Sebuſianos & offendere in legem, & debitori iniuriam facere quantumuis clauſulam illam, ſaluo luendi iure quod intra ſemeſtre competit ex ſtatuto, libello adijciant.

4 Obiectio pragmaticorum, & eius dilutio.

PECVLIARIS hic error meorum Sebuſianorum, † quibus 1
tantò magis æquum eſt à nobis conſuli peculiari quodam iure.
Qui enim apud eos præcipua pragmaticorum laude floruerunt,
iampridem induxere, vt eodem libello petatur miſſio in poſſeſ-
ſionem pignorum venditorum, & interpoſitio decreti vt ſubha-
ſtationes ritè rectéque factæ perfectæque pronuntientur. Quæ res apertè
pugnat † cum lege noſtra prouinciali quæ de toto iudiciorum ritu & ordine 2
breuiter nec obſcurè aut incomptè ſcripta eſt. Habet enim diſertis verbis, non
priùs petendam eſſe decreti interpoſitionem, quàm ſemeſtre prœterierit, cu-
ius tempora non niſi à die miſſionis in poſſeſſionem currere incipiunt, cùm
olim currerent à die addictionis, & vt ſtatutum loquitur, expeditionis. Fieri
ergo non poteſt vt eodem libello ac eodem tempore, & miſſio in poſſeſ-
ſionem & interpoſitio decreti iure poſtuletur. Scio pragmaticos † Sebuſia- 3
nos vt huic obiectioni occurrant ſolere obſeruare vt tam in libello quàm in
ſententia quæ intra ſemeſtre decretum interponit, adiiciant clauſulam hanc
ſaluo luendi iure quod intra ſemeſtre competit ex ſtatuto, & eum erroris ſui co-
lorẽ quærere, quòd hac via fiat vt vtraque quæſtio & miſſionis in poſſeſſio-
nem & interpoſitionis decreti citiùs expediatur. Sed tamen præter id quòd
offendunt in legem, quæ ſicuti ſcripta ita ſeruanda eſt quantumuis dura *l. pro-
ſpexit 9. D. qui & à quib. manumiſſ.* faciũt etiam iniuriam debitori cui duobus
modis lex fauere voluit, commiſeratione vt puto inopiæ, quæ debitores ple-

rumque impedit ne intra ſemeſtre poſſint luere pignus, aut præſenti oblatione facere ne pignora diſtrahantur. Nam cùm ſemeſtre illud ſtatutarium breuius videretur quàm vt miſero debitori ad conquirendas & explicandas pecunias ſufficere poſſet ſi à die addictionis & expeditionis vt ſtatutum volebat computaretur, viſum eſt æquius, vt nonniſi à die miſsionis in poſſeſsionem quæ aliquando expeditionem longo ſequitur interuallo, currere inciperet, quò laxiùs & indulgentiùs cum debitore ageretur. Elapſo autem ſemeſtri, atque ita luendi iure ordinario pignoris amiſſa facultate, adhuc tamen debitori decurrendum eſſe placuit hactenus vt ſi quid in ſubhaſtationum forma peccatum ſit, decreti interpoſitio prohibeatur, perindéque luendi pignoris facultas ſuperſit, acſi ſemeſtre nondum præteriiſſet. Ita fit vt luendi pignoris tempora nonnumquam duplicentur, magno ſanè miſeri debitoris commodo, cuius bona vt plurimùm vel vilíſsimo vel ſaltem minore & viliore quàm par ſit pretio venduntur, vt tanto plus laborandum habeat in pecunia conquirenda & dimittendo creditore. Nam & ſtatuto idipſum per-
4 miſſum eſt, dum ne duplum excedatur. Dices debitorem † contra quem interpoſitio decreti poſtulatur antequàm ſemeſtre præterierit, perinde poſſe de ſubhaſtationum viribus & nullitate contendere, atque ſi ſemeſtre iam præteriiſſet: Proinde nihil eius videri intereſſe an citiùs an tardiùs de interponendo decreto quæratur. At reſpondeo, Rectè id equidem dictum iri ſi ad impediendam decreti interpoſitionem nihil aliud exigeretur niſi vt in ſubhaſtationum forma peccatum eſſe appareret Sed quoniam illo etiam caſu quo perperam factæ ſunt offerendum eſt debitum, adeóque obſignandum priuſquàm ad eas impugnandas debitor admittatur dum ne pro indebito factæ ſint, nemo non videt iniuriam fieri maximam debitori ſi antequàm ſemeſtre præterierit, vrgeatur ad pecuniam conquirendam & obſignandam. Præter id quod nec modicum in eo damnum debitor ſentit ſi de ſubhaſtationum iure & viribus litem ſuſcipere cogatur priuſquàm ſit neceſſe. Quid enim ſi habeat vnde pignus intra ſemeſtre ſit luiturus. Quænam vtilitas erit totius litis de nullitate ſubhaſtationum & interponendo decreto inſtitutæ, ſiue pro debitore iudicatum ſit, ſiue pro creditore? Et tamen habet plerumque ea quæſtio difficultatem & ſumptuum materiem maximam, vel ob emolumentum illud quod pro iudicato pendi ſolet. Sed etſi tam inops eſſet debitor vt certum propemodum eſſet non luiturum pignus intra tempus conſtitutum, quod tamen vix eſt vt certum eſſe vnquam poſſit, nihilominus eius intereſſet non tam citò decretum interponi, cùm ſubhaſtationes minùs ſollenniter factæ ſunt: Vel ob hoc ipſum vt præterito ſemeſtri nouam haberet dilationem intrà quam luere concederetur. Quamuis enim luendi vis poſt ſemeſtre intercidat cùm ſubhaſtationibus ſua vis & forma ineſt, ſi quid tamen in iis peccatum ſit, tandiu ius luendi durat quandiu decretum interpoſitum non eſt, ad 30. vſque annos. Nec quod obſignationem fieri neceſſe eſt ad impugnandas ſubhaſtationes, impedit quominus ea obſignatio fieri quandocunque poſſit quouſque ad ſententiam perueniatur. Nam & plerumque ſolent iudices cùm obſignatio nulla præceſſit, ſi vitio aliquo ſubhaſtationes laborare videant, nó quidem pro debitore iudicare, id eſt decreti interpoſitionem denegare, ſed ex ſumma æquitate tempus ſtatuere duorũ aut ad triũ, aut ad ſummum ſex menſium pro debitæ quantitatis, & perſonarum conditione, intra quod debitori

luitio

Digitized by Google

luitio permittatur ſoluto debito cum legitimis acceſſionibus & ſumptibus litis, hoc tamen addito, vt ſi non intra illud tempus luitio facta erit, decretum ex nunc prout ex tunc interpoſitum eſſe intelligatur. Sic enim fit vt & miſero debitori & iuſto creditori eâdem ſententiâ conſulatur, oblata vtrique indemnitate.

ERROR SEXTVS.

De primo & ſecundo decreto.

SVMMARIA.

1 *Primum decretum quodnam appellent pragmatici.*

2 *Secundum decretum quid pragmaticis.*

2 *Decretum & Decernere quid ICtis ſignificent.*

4 *Interlocutionem de mittendo emptore in pignorum poſſeſſionem perperam dici pragmaticis primum decretum.*

5 *Decreta quæ habent clauſulam iuſtificatiuam, ſecuta interceßione, & vt loquuntur, oppoſitione, reſoluuntur in ſimplicem citationem.*

6 *Quis ordo obſeruari ſoleat à Senatu Sabaudiæ quando pignoribus captis in executione iudicati petitur miſſio in poſſeßionem.*

7 *Quid de ſecundo decreto, quod vocant pragmatici ſentiendum ſit.*

8 *Duplicis decreti quãdo meminerint ICti.*

9 *Quis ſenſus ſit l. ſi finita §. Iulianus D. de damn. infect.*

10 *Qui ex cauſſa damni infecti mittitur in poſſeßionem nolente aduerſario cauere, non idcirco fit poſſeſſor, ſed eſt tantùm in poſſeßione.*

11 *Miſsio in poſſeßionem pignorum venditorum & interpoſitio decreti quæ ſequitur, nihil habent commune cum duplici decreto ex cauſſa damni infecti.*

12 *Cur primus iuſſus cauendi pro ædibus non rectè dicatur decretum.*

13 *Alius caſus quo meminere IC. duplicis decreti.*

84 *Quantum differat hic caſus ab eo quo emptor mittitur in poſſeßionem pignorum.*

PRAGMATICIS frequens mentio eſt primi & ſecundi de-
creti, nec tamen quid his verbis ſignificetur, benè vt puto ex-
ploratum. Nam primum †decretum vulgò intelligunt, inter- 1
locutionem illam iudicis quæ ſine cauſſæ cognitione poſt
perfectas ſubhaſtationes, de mittendo emptore in poſſeſſio-
nem pignorum venditorum. Secundum †verò illud quod fit cùm pleniſſima 2
cauſſæ cognitione, quando poſt elapſum ſemeſtre illud de quo proximo ca-
pite ſcripſimus, ſubhaſtationes ritè rectéque factæ pronuntiatur. In quo ſa-
nè errant manifeſtiſſimè, & oſtendunt ſe nec quid decretum, nec quid primũ
& ſecundum decretum ſit, intelligere. Decretum †enim Iureconſultis nullum 3
omnino eſt ſine cauſſæ cognitione: idque ipſa nominis ſignificatio euincit.
Decernere namque Latinis nihil aliud eſt, quàm propoſita dubitandi & deli-
berandi occaſione in vtram partem ſtatui quid debeat, in hanc tandem aut in
illam ſic deſcendere vt certi aliquid ſtatuatur, quod certè fieri nequit, ſi alte-
rum duntaxat ex litigatoribus iudex audiat. Vnde illud eſt, quod Iureconſulti
ſæpiùs tradunt, vbi decretum neceſſarium eſt non poſſe rem de plano, & per
libellũ expediri *l. nec quicquam. 9. §. l. vbi decretũ. D. de offic. proconſ. l. omnia quæ
cunque* 71. D. *de regul. iur.* Atqui interlocutio †illa de mittẽdo emptore in poſ- 4
ſeſſionem pignorum venditorum, quam pragmatici primum decretum vo-
cant, fit ſine cauſſæ cognitione, & per libellum expeditur, & apud iudices in-
feriores habet plerũque adiectam clauſulam interceſſionis quam iuſtificati-
uam vocant, *niſi quis opponat*, per quam fit vt ſi is ipſe qui debitor eſt, & cu-

ius pignora vendita fuerunt,velit intercedere, audiendus ſit,non ſecus quàm
ſi ex interlocutione iudicis vocari tãtùm iuſſus fuiſſet,cauſſam dicturus quare
non ea miſſio in poſſeſſionem concedi deberet. Id enim eſt quod pragmatici
5 dicunt,huiuſmodi decreta†quæ habent clauſulã iuſtificatiuam, ſecuta inter-
ceſſione,& vt loquuntur,oppoſitione reſolui in ſimplicẽ citationẽ,vt & *Bar-
tolus* tractat in *l.de pupillo* 5.§.*meminiſſe.D.de oper. noui nunciat.* quoniam nec
alioqui cũ iuris ratione conuenirent quæ non patitur vt incipiatur vnquam
ab executione,ſed tantùm à citatione .Ideóque dicitur clauſula illa *iuſtifica-
tiua* quaſi iuſtam faciens interlocutionem quæ alioqui iuſta non eſſet.Quam-
quam non ignoro apud Senatum noſtrũ aliter quàm apud inferiores iudices
hæc in re obſeruari,propter autoritatem,vt puto eorum quæ ſupremo magi-
6 ſtratu iubente geſta ſunt.Solet enim Senatus†ſi quando in iudicati executio-
nem pignora capta & diſtracta fuerint, eáque miſſio in poſſeſſionem deinde
petatur,inſpicere ex actis ſubhaſtationũ an quid in iis peccatũ ſit necne, &,ſi
peccatum videat,nihil aliud decernit niſi vt debitor vocetur ad ſubhaſtatio-
nes aut comprobãdas aut impugnandas.Sin omnia ritè rectéq;geſta ſunt,con-
cedit petitam miſſionẽ,nec debitori ipſi qui iam cõdemnatus eſt ſaluã relin-
quit intercedendi facultatẽ, ſed aliis tantùm ſi qui erunt tertij,necdum auditi
qui intercedere volent:licèt aliis caſibus, id eſt nulladũ ſecuta condemnatio-
ne non ſoleat Senatus noſter eas literas,vt vocant,miſſionis in poſſeſſionem
concedere,ne tum quidem cùm agitur ex inſtrumento guarentigiato, quod
ex ſtatuti autoritate vim ſententiæ & condemnationis habere dicitur, quaſi
alienum id à Senatus maieſtate & æquitate videatur, vt permittat incipi ab
executione,quamuis addita clauſula iuſtificatiua, cuius apud inferiores iudi-
ces vſus his omnibus caſibus nec iniquus nec inutilis eſſe exiſtimatur. Etſi
verò cùm Senatus decernit vt emptor pignorum venditorum in eorũ poſſeſ-
ſionẽ mittatur,nõ niſi cauſſa incognita id facit,hoc eſt viſis inſpectiſque ſub-
haſtationibus,non ideò tamen fit vt decretum illud dici debeat,quia fit inau-
dito debitore,& per libellũ ea res expeditur, vt proinde dici verè poſſit nec
cauſſæ cognitionem vllã hîc interuenire.Cauſſæ namque cognitio nulla in-
teruenire videri poteſt in iis rebus quæ altera duntaxat parte præſente & in-
7 audito aduerſario conſtituuntur. Et hæc de primo illo decreto dixiſſe ſuffi-
ciat.Quod verò ad ſecũdum†attinet,fateor interpoſitionem illã decreti, quæ
fit cùm elapſo ſemeſtri tempore luendis pignoribus dato ſubhaſtationes ritè
rectéque factæ pronuntiantur, non fieri niſi pleniſſima cauſſæ cognitione
præcedente,ob ídque decretum illud verè & propriè dici debere; ſed nego
ſecundum decretum eſſe, cùm prius alius nullum ſit, nego ſimile quicquam
aut cõmune habere cum decreto quod prudentibus ſecundũ dici ſolet. Video
8 Iureconſultos†duplicis huius decreti mentionem facere duplici tantùm caſu.
Vnus eſt ſi agatur ex cauſſa damni infecti.Is enim ordo à prætore ſeruatur, vt
ſi is cuius ædes ruinam minantur,cauere nolit de damno infecto,iubeatur vi-
cinus mitti in poſſeſſionem earũ ædium,non quaſi ſuarũ, nec vt eas reficere
poſſit,aut ſtabilire ne corruãt,ſed vt tędio longæ poſſeſſionis extorqueat cau-
tionem,per quam poſſit cõſuli vicinarum ædium indemnitati. Quòd ſi per-
ſeueretur non caueri,quia nulla in eam rem actio iure ciuili cõparata eſt, ne-
que verò comparari potuit, per quam cogeretur dominus vitioſarũ ædium,
earũ nomine cauere, tùm verò prætor cauſſa per ſe ipſum pleniſſimè cogni-
ta decernebat vt ædes illæ quæ ruinam minabantur fierẽt in bonis vicini, ea-
rúmque

rúmque dominium in vicem cautionis & in pœnam cauere nolentis, ei cui
caueri debuerat addicebat. Ex quo tempore factus ille à prætore dominus bo-
nitarius incipiebat ius habere vſucapiendi dominium quiritiarium & rem
ſibi habere: qui ſenſus † eſt *§. Iulianus. l. ſi finita. D. de damn. infect.* nec per- 9
ceptus, nec perceptu facilis iis qui diſtinctionem illam duplicis dominij bo-
nitarij & quiritiarij non didiſcerunt: cuius tamen aperta mentio fit ab Vlpia-
no in Inſtit. & à Iuſtin. in *l. vnic. C. de nud. iur. Quirit. toll.* extántque etiam in
Pandectis nonnulla eius veſtigia vt in *l. quamuis 75. D. de iur. dot. l. 3. D. de vſuf.*
adcreſc. l. §. vlt. D. *ſi ex noxal. cauſſ. agat.* Sed omnium elegantiſſimus locus il-
le eſt quem nos notamus in *d. §. Iulianus.* Nam cùm vſucapio nihil aliud ſit
quàm adquiſitio, aut vt alij & meliùs legunt in *l. 3. D. de vſucap.* adiectio do-
minij, fieri non poſſet vt qui iam factus eſſet dominus à prætore, poſſet ma-
gis fieri dominus per vſucapionē ſi non ea duplicis dominij diſtinctio admit-
teretur. Quod & à nobis in Coniecturarum noſtrarum libris quodam loco
latiùs tractatum fuiſſe meminimus. Sed hoc obiter & extra rem ne cui Vlpia-
nus allegatus in *d. §. Iulianus*, ſcrupulum aut potiùs crucem præberet. Illud
tantùm hîc ſciri volumus, eum qui † ex cauſſa damni infecti mittitur in poſſeſ- 10
ſionem nolente aduerſario cauere, non idcirco fieri poſſeſſorem, ſed eſſe tan-
tùm in poſſeſſione, quod longè diuerſum eſt *l. quod meo 19. D. de acquir. poſſ.*
Poſſidere enim nihil aliud eſt quàm ſibi habere vt Theophilus eleganter in
Inſtitutionibus diffinit. Hic autem non priùs ſibi habet quàm à prætore do-
minus ſit conſtitutus, quod ipſum tunc fit, cùm iubet eum prætor poſſidere,
& ſibi habere ædes quæ ruinam minantur. Nec tamen ex eo tempore fit do-
minus abſolutè, & iure quiritium, ſed tum demum cùm vſuceperit. Ex quo ap-
paret miſſionem † illam in poſſeſſionem pignorum venditorum de qua tracta- 11
mus, & interpoſitionē decreti quæ ſequi ſolet, nihil commune habere cū du-
plici illo decreto, imò nec ſimile quidem. Vtrumque enim illud decretū præ-
cedit adquiſitionem veri dominij, vt diximus, in propoſito autem & miſſio in
poſſeſsionem & interpoſitio decreti ſequitur dominij adquiſitionem, quæ ſci-
licet fit per addictionem & expeditionē, iuncta calami traditione, poſtquàm
longo vſu & ex conſuetudine obtinuit vtilitatis cauſſa contra iuris rationem
vt per calami traditionem ipſius rei venditæ poſſeſſio tranſlata eſſe intelliga-
tur. In eóq; errant etiamnum plerique ex pragmaticis putantes miſſionem in
poſſeſsionē quæ ſequi ſolet addictionē, eſſe loco traditionis, & ob id ſolū fieri
vt per poſſeſſionē dominium in emptorē trāsferatur. Nam imò verò fit vt iu-
dicis autoritas non videatur neglecta in adprehendenda corporali poſſeſſione
quæ per calami traditionē proculdubiò tranſlata videri non poteſt, ſicut nec
per cōſtituti clauſulā transferretur. Cùm enim in huiuſmodi pignorū vendi-
tionibus factū iudicis ſit factū partis *l. ſi ob cauſā 28. C. de euict. l. 2. C. ſi in cauſſ.*
iudic. pign. capt. ſit. conſequēs eſt vt quemadmodum ciuiliùs ageret emptor qui
rei ſibi venditæ nec niſi fictitio modo traditæ corporalē poſſeſſionē adprehē-
ſurus, debitoris voluntatem in eam rem imploraret, ita conuenientiùs ſit au-
tore iudice mitti in poſſeſſionem corporalē eū qui iudicis autoritate interue-
niente nō ſolùm iuſtus & ciuilis poſſeſſor, ſed etiā dominus factus eſt per ad-
dictionē, calamique traditionē, quàm ſi ſuo iure ſuáq; autoritate corporalē il-
lam poſſeſſionē inuaderet. Cæterùm iam inde à die addictionis, & calami tra-
ditionis dominiū trāſlatū fuiſſe intelligi, ex eo cōſtat quod ab eo tēpore fru-
ctus omnes ad emptorē pertinent, non alio vtique quàm dominij iure. Item

Digitized by Google

quod etiam nulla ſecuta miſsione in poſſeſſionem, ſemeſtre tamen illud quod luendis pignoribus datum eſt, ſi ius ſtatuti veteris non nouum inſpicias, currit à die addictionis, & conſequenter decreto interponendo locus eſſe poteſt, quorum tamen neutrũ commodè dici poſſet ſi miſsio illa in poſſeſſione neceſſaria eſſet ad dominium transferendum. Denique inter eos transferendi dominij modos, quos iam olim ius Quiritium agnouit, ſi Vlpiano credimus, fuit adiudicatio propter interuenientẽ iudicis autoritatem. Porrò adictio illa quæ fit (per apparitorẽ quidẽ, ſed tamen iubente iudice) ei qui pluris licitatus eſt quid aliud quàm adiudicatio quædam iudicis eſt? Neceſſe enim eſt ſententiam iudicis præcedere quæ iubeat pignus diſtrahi, & vltimo licitatori addici, ac proinde quæ pignus ei quodámodo adiudicet, qui pluris fuerit licitatus. Nam & ex quo pignus autoritate iudicis captũ eſt quod pragmatici noſtri dicunt *le bien ſaiſi de gage & reduit ſoubs la main de iuſtice*, poſſeſſio debitori erepta, & vt illi loquũtur, in curiæ manus trãſlata intelligitur: proinde ſicuti traditio ex eo die fieri non poſſet per debitorẽ qui iam poſſidere deſiiſſet, ita nihil neceſſe eſt inducere miſſionẽ in poſſeſſionẽ quæ ſit vice traditionis, cùm calami traditio poſſit ſufficere, ita ferẽte iure curiæ, quę ipſa pro ſe poſſidet nõ pro debitore. Adquiſitio ergo dominij præcedit miſsionem in poſſeſsionẽ, decretíque interpoſitionem, quod in cauſſa damni infecti contrà euenit. Sed & pri-
12 mus ille iuſſus † cauendi pro ædibus, non decretum dici poteſt, qui fit ſine cauſſæ cognitione, & plerumque per duumuiros & magiſtratus municipales expeditur non per prętorem: quia cùm res damni infecti celeritatẽ deſideraret ac periculoſum videretur prætori ſi eam ſibi referuaret, maluit delegare aliis duas illas cauſſas ad cautionem pertinentes, id eſt, ex qua parte iubetur cauere is qui vitioſas ædes poſſideat, & ex qua parte ni caueat iubetur aduerſarius mitti in poſſeſſionem. Cętera verò, id eſt vt iubeatur is qui in poſſeſſionẽ miſſus eſt, ſibi rem habere & poſſidere, ſi duretur nòn caueri, quoniam id maioris momenti eſt, ſuæ iuriſdictioni reſeruauit *l.1.l.* 4. *§. duas* D. *de damn. infect.* Idque eſt quod Paulus ſcribit in *l.*4. D. *de iuriſdict.* Iubere caueri prætoria ſtipulatione & in poſſeſſionem mittere magis imperij eſſe quàm iuriſdictionis, id eſt, prætorẽ cùm iubet caueri vicino aut in poſſeſsionem mitti vicinũ, magis imperioſè videri facere quàm iuridicè, quia facit ſine cauſſæ cognitione, quam tunc duntaxat adhibet cùm agi videt, non de cauendo pro ędibus, ſed de carendo ædibus, vt eleganter ad eum locum docuit *Ant. Goueanus.* Decretum igitur nullum in eo verſatur vbi nulla cauſſæ cognitio eſt, vt iam proba-
13 uimus ex *d.l. nec quicquam §. vbi decretum* D. *de offic. pro conſ.* Alius caſus † eſt in quo videtur Iureconſulti de duplici decreto tractaſſe, cùm creditor mittitur in poſſeſſionem bonorũ debitoris propter aliquam cauſſam ex iis quos prætor expreſſit edicto illo *quib. ex cauſſ. in poſſ. eat.* Nam poſt eam miſſionem in poſſeſsionem ſolet ſequi venditio ex decreto *Tot. tit.* *De reb. autor. iudic. poſſid.* Et ad hũc casũ potiùs quàm ad ſuperiorẽ videntur pragmatici alludere, cùm in pignorũ venditione duplex hoc decretũ, de quo agimus cõminiſcũtur. Sed
14 ęquè ineptè. Miſſio † enim illa in poſſeſſionem fit ex edicto prætoris nõ ex decreto, vt ex eo cognoſci poteſt quod ſit ſine cauſſæ cognitione. Vnde euenit plerũque, vt qui ex edicto in poſſeſsionẽ illã miſſus eſt, ob nullã vel ob falſam cauſſã miſſus reperiatur, ideóque & impunè prohibeatur. *l.1.§. hac verba.* D. *ne vis fiat ei qui in poſſ. miſſ. eſt.* De quo ſcripſimus *li.*15. *Coniect. cap.*6. & 7. Neque verò ea in poſſeſsionẽ miſsio poſſeſſorẽ facit eũ qui mittitur, ſed tantùm cu-

ſtodem

ſtodem & vt in poſſeſſione ſit, nō etiam vt poſſideat *l. inter* 38. *D. de adminiſt. & peric. tu.* At miſſio illa, de qua loquimur, facit verū & corporalē poſſeſſorē. Venditio autem quæ ex edicto prætoris, ſequi ſolet miſſionem, licèt fiat cauſſa cognita, & prætore ita decernente, nihil tamen adfine habet cum decreto quo ſubhaſtationes confirmantur. Decreti enim noſtri interpoſitio nō venditio, aliáue alienatio, ſed venditionis iam factæ confirmatio eſt. Denique miſſio in poſſeſſionem qua vtimur, ſequitur venditionem. Illa verò quam prætor edicto pollicetur precedit venditionem, & eò tantùm pertinet vt pignus pretorium conſtituatur, quod nec priùs cōſtitutū intelligitur, quàm ventum ſit in poſſeſſionem *l. non eſt mirum* 26. §. 1. *D. de pign. act.*

ERROR SEPTIMVS.

De ſubhaſtationibus quæ decreto interpoſito confirmatæ ſunt, reſcindendis.

SVMMARIA.

1 *Interpoſito decreto atq; ita confirmatis ſubhaſtationibus quodnam debitori ſuperſit auxilium.*

2 *Caſus quo reſcindatur decreti interpoſitio, non etiam ſubhaſtationes.*

3 *Alius caſus quo reſcinduntur ſubhaſtationes, non etiam decreti interpoſitio.*

4 *Quomodo accipiendum quod ſtatuto Sab. cauetur vt pignora quæ venduntur duplum non excedant.*

5 *Ex cauſſa immodica læſionis, ſi nihil aliud vrgeat ſubhaſtationes nullæ dici non poſſunt. & nu. 8.*

6 *Allegatio immodicæ læſionis non debet impedire interpoſitionem decreti, ſed tantùm producere tempus luendi pignoris.*

7 *Senatus ad inſtar Principis poteſt inſpicere inter ius & æquitatem poſitam interpretationem, atque etiam citra reſcriptum Principis reſtituere in integrum.*

9 *Poſt quæ tempora de nullitate aut reſciſſione ſubhaſtationum moueri quæſtio nequeat.*

10 *Pragmaticorum traditiones.*

INTERPOSITO decreto, atque ita confirmatis ſubhaſta-
tionibus, nullus de earum viribus & nullitate querendi lo-
cus debitori ſupereſſe poteſt, etiamſi re vera maximè nullæ
ſint propter non obſeruatam eam formam quę ſtatuto præ-
ſcripta eſt, ſed cogitur† debitor vel à decreto appellare ſi ab in- 1
feriore iudice interpoſitum fuit, vel ſi à ſupremo magiſtratu, à quo appellare
non licet, per viam ſupplicationis, vt vocant, ciuilem ſibi proſpicere, vt non
obſtante Senatuſconſulto, & acſi redditum nullum eſſet de ſubhaſtationum
iure ex integro cognoſcatur. Quod cùm fit† intra tempora quæ porrigendæ 2
ciuili ſupplicationi præſtituta ſunt, ſeruatiſque ſeruandis, ſola decreti inter-
poſitio reſcinditur. At ſubhaſtationes ipſæ non reſcinduntur, quia non re-
ſcindi neceſſe eſt, ſed nullæ & perperam factæ pronuntiantur, perinde acſi
decreto confirmatæ nō eſſent. Neque verò fieri poteſt, vt reſcindatur id quod
nullum eſt, & ipſo iure non tenet. Diuerſum eſt ſi† ſubhaſtationes ex eo tan- 3
tùm impugnētur, quod immodicam læſionem & vltra duplū iuſti pretij cō-
tineant. Tunc enim ex beneficio *l. 2. C. de reſcind. vendit.* reſcindendæ ſunt
ſubhaſtationes, non etiam ipſa interpoſitio decreti. Non enim quòd ſubha-
ſtationes ritè factæ ſint, aut propter rei iudicatæ autoritatem pro ritè factis
habendæ, impedit ne reſcindi poſſint, quandoquidem ea demū venditio pri-
uata reſcindi poteſt quæ tenet, ac iure perfecta eſt, nō quæ ipſo iure nō valet.

cùm venditus & addictus fundus fuit, in fundo fuerint & pars fundi. Non enim fructus tantùm pendentes videntur pars fundi *l. fructus pendentes* 44. D. *de rei vindic.* Sed & fundi eſſe intelligitur, quicquid terra in ſe tenet *l. fundi* 17. D. *de action. empt.* & quod *dicta l. fructus*, tractat de fructibus pendentibus non fit hac parte ad differentiam ſatorum nondum pendentium, vt quidam putant, licèt magis eleganter & propriè pendentes † dicantur, qui iam ſunt maturi, ſed tantùm ad differentiam perceptorum, & à fundo ſeparatorum. Itaque fructus illi ad emptorem pertinent non tanquam fructus rei venditæ, quos neceſſe ſit ipſius rei dominium & dominum ſequi, ſed tãquam ipſi venditi, cùm vtique nemo ſit qui non pluris æſtimet fundum ex quo fructus intra ſemeſtre ſperet, quàm ſi nullos eo anno ſpectaret. Igitur reſtituto pretio ſatis conſulitur indemnitati emptoris, etiam quod ad fructus attinet, dummodo vſurarum ſicut & cæterarum acceſſionum ratio habeatur. Etſi autem à ſtatuto hactenus contraria lege receſſum eſt, quod hodie ſemeſtre illud non à die addictionis, &, vt ſtatutum loquitur, expeditionis computatur, ſed à die miſſionis in poſſeſſionem. Non eo minùs tamen rectum etiam hodie eſt argumentum quod à ſtatuto dicitur, ratione fructuum, quandoquidem ſtatuti potiſſimum autoritate nituntur qui fructus emptori aut in totum, aut pro rata temporis adiudicant.

ERROR IV.

Cuius temporis ratio habeatur in adiudicandis laudimiis ex pignorum venditione debitis.

SVMMARIA.

1 Si alius fuit dominus directus aut ab eo cauſſam habens eo tempore quo pignus venditum & emptori additum eſt, alius verò eo tempore quo ſemeſtre pignoribus luendis præſtitutum præterierit: laudemia debentur priori, non poſteriori.

2 Qua ratione diſputent pragmatici quidam laudemia potiùs deberi ei qui poſterioris temporis ius habuit.

3 Venditionem pignorum de qua agitur ſub conditione contractam videri pragmaticis, quòd ſit reſolubilis ſub conditione.

4 Sed falsò.

5 Error pragmaticorum de conditionibus retrotrahendis exploditur.

6 Alia ratio pragmaticorum, qua ſtatuunt laudemia non priori ſed poſteriori domino aut conductori deberi.

7 Rationis refutatio.

8 Accuratè expenditur ratio ſub nu. 2. propoſita.

1 QVOD obiter ſuperiore capite diximus, ſi alius fuit † dominus directus, aut à domino directo cauſſam habens eo tempore quo pignus venditũ & emptori addictũ eſt, alius verò eo tẽpore quo ſemeſtre luendis pignoribus venditis præſtitutũ præterierit, laudimia ei deberi qui anterioris tẽporis ius habuit, nõ ei qui poſterioris, certiſſimi quidem iuris eſt, præſertim poſt ſenatusconſulta in hac re reddita, quæ dubitationẽ omnẽ ſuſtulerunt, ſed tamen non ita facile pragmaticis omnibus cognitũ, nec iis ipſis quibus cognitũ eſt, qua ratione admitti debeat, ſatis perſuaſum. Non enim deſunt, qui in contrariũ diſputent † eius potius temporis rationẽ in adiudicãdis
2 laudimiis habendam eſſe quo dominiũ irreuocabiliter, vt loquuntur, acquiratur emptori, quod non priùs euenit, quàm elapſum ſit ſemeſtre intra quod luendi

luendi ius ſaluum eſt debitori. Nam etſi laudimia debentur ob ſolam dominij tranſlationem quam porrò conſtat fieri ex ipſo die addictionis, & ante lapſum ſemeſtre, cùm tamen ea tranſlatio ſic facta ſit vt ſola pretij & acceſſionum reſtitutione intra legitimum tempus ſecuta, non ſolùm traditio, ſed ipſa quoque traditio ad nihilum deducatur, non videtur ſatis habere virium ad inducendam obligationem laudimiorum, niſi à quo tempore incipit non poſſe reuocari. Eiúſque rei fortiſſimum argumentum illud præbet, quod omnes fatentur & veriſſimum eſt, ſi intra ſemeſtre luitio facta ſit, laudimia nulla deberi, licèt non eo minùs verum ſit, tranſlationem dominij aliquādo factam fuiſſe, quia illud etiam verum eſt ſic factam eſſe, vt poſtea ipſo iure fuerit reſoluta: Annon igitur maior ratio eſt, vt ei debeantur qui ſit dominus directus aut à domino directo cauſſam habeat eo tempore quo ſic perficitur, & confirmatur venditio, vt neque reſolui, neque reuocari ampliùs poſſit? Magna ſanè & ardua obiectio eſt, quam vix poſſit meo iudicio diſſoluere qui non in prudentum meliùs quàm in pragmaticorum ſcholis & ſubtilitatibus ſit verſatus. Addunt pragmatici, venditionem † hanc 3
pignorum, cùm luitione intra conſtitutum tempus ſecuta reſolubilis ſit, vt ita loquar, perinde habendam ac ſi facta eſſet ſub conditione illa ſi intra ſemeſtre pignus non luetur. Vt inferant conditionis euenientis potiùs quàm contractus initi tempus ſpectādum eſſe. Etſi enim non ignorant in cōditionalibus quoque ſtipulationibus ſpectari ſolere tempus quo contractum fuit, nō quo conditio euenit *l. ſi filiusfamilias 76. D. de verbor. obligat.* Id tamen cū ea ratione fieri putent quòd conditio quandocūque exiſtens ad tempus contractus retrotrahatur ex *l. qui balneum 9. & l. potior 11. D. qui potior. in pignor. hab.* negāt locū habere poſſe in propoſito, quia conditio illa, *Si pignus intra ſemeſtre nō luetur* eſt poteſtatiua, vt loquūtur, quādoquidē eſt in poteſtate debitoris vt pignus luat aut nō. In quo genere poteſtatiuarū conditionū receptū eſt vt nūquam retrotrahantur in præiudicium tertij cui medio tempore ius quæſitum eſt, quaſi medio inhabili conſtituto quod habile eſſe deberet ad inducendam retroactionem. Ne alioqui in poteſtate debitoris ſit creditoris ſui deteriorē facere conditionem. Sed ratio hæc in multis peccat. Et in eo primùm quod venditionē hanc † pignorum ideò ſub conditione contractā vi- 4
deri vult, quòd ſit reſolubilis ſub conditione. Multū namque intereſt an venditio ſub conditione contrahatur, an ſub conditione reſoluatur, vt Iureconſulti tractāt in venditione facta ſub pacto addictionis in diem aut legis commiſſoriæ *l. 1. & 2. D. de in diem addict. l. 1. & 2. D. de leg. commiß.* Hæc de qua agimus proculdubiò contrahitur purè, cùm neque mora neque conditione ſuſpendatur, licet ſub ea conditione reſolui poſſit, ſi intra ſemeſtre pignus luetur. Itaque fruſtra quæras an conditio ſit poteſtatiua, an caſualis: aut mixta, quæ tres conditionum ſpecies ſunt, itémque an retrotrahi debeat néc ne. Sed tamen illa etiam ratio hæc pragmaticorū improbabilis eſt, quòd ex interpretum ſententia tractat de conditionibus retrotrahēdis. Nam † cùm con- 5
ditio quælibet priuſquàm exiſtat nihil niſi priuatio ſit, poſtquam verò extitit ne quidē priuatio ſit, non magis fieri poteſt vt exiſtens retrotrahatur, quàm vt quod non eſt, ſit aut eſſe videatur, quandoquidem & ipſa priuatio nihil aliud quàm nihil eſt, vt pluribus contra interpretes diſputauimus *lib. 15. Coniectur. cap. 6. & 7.* Tertia pragmaticorū † ratio affertur quòd addictio illa quæ 6
ſit ſub haſta, adeóque miſſio in poſſeſſionem quæ ſequi ſolet, comparanda

videatur primo decreto,adiudicatio verò illa quę poſt elapſum ſemeſtre fieri ſolet, ſecũdo decreto:nam & decreti interpoſitio à pragmaticis appellatur, poſt quam nullum luendi ius ſupereſt debitori. Certum autem eſt non ex primo decreto dominium acquiri,ſed ex ſecundo.Quod ſi ita eſt,illud etiam conſequens videtur,vt laudimia, quæ, vt diximus, propter dominij tranſlationem debentur,non priori ſed poſteriori domino aut conductori debeantur.
7 tur.Sed ridicula † quoq; hæc ratio eſt,duabus potiſſimùm de cauſſis,quarum vna illa eſt,quod nihil commune aut ſimile habet huiuſmodi vẽditio & decreti interpoſitio cum primo & ſecũdo decreto de quo Iureconſulti quibuſdam locis tractant, vt ſequenti capite dicemus. Altera quòd dominium pignoris ſub haſta venditi irreuocabiliter acquiritur emptori, non per illam interpoſitionem decreti quod illi ſecundo decreto comparant,ſed per ſolum lapſum temporis,id eſt ſemeſtris quod luendis pignoribus pręfinitum eſt,licèt nondum decreto confirmatæ ſint ſubhaſtationes, quia nec niſi poſt ela-
8 pſum ſemeſtre decreto confirmari poſſunt. Illa tamen ratio †pro ſecũdo domino aut conductore multum vrgere videtur,quòd dominium ex addictione emptori quæſitum,non niſi poſt lapſum ſemeſtre, irreuocabiliter quęſitũ intelligitur. Eo autem tempore nõ videtur res eſſe integra vt iam inde à die addictionis dominiũ planè & irreuocabiliter quæſitum eſſe retrofringatur, obſtante nimirum eadem ratione, quæ conditionis poteſtatiuæ retroactionem impediret ſi conditio alioquin retrotrahi poſſet, quod alteri medio tempore ius quæſitum ſit. In eóque tota huius quæſtionis difficultas conſiſtit. Impugnat enim apertiſſimè & validiſſimè rationem illam,quę vna pro priore domino & conductore facit,quod iam inde à die addictionis perfecta venditio,pignoriſque dominium in emptorem tranſlatum intelligatur. Reſpondendum eſt ſubtiliter quidem,ſed tamẽ verè, & ex ipſiſſima iuris ratione,imò verò eſſe omnia integra,quia nec quicquam iuris videri poteſt quæſitum poſteriori domino aut conductori priuſquàm ſemeſtre totum præterierit,quando nec antè laudimia debentur. Atqui vltimo ſemeſtris inſtanti & conſe quenter priuſquam ſemeſtre pręterierit (vltimum enim illud inſtans ſemeſtri neceſſariò computandum eſt) certum eſſe incipit non poſſe luitionem pignoris fieri intra tempus cõſtitutum, quoniam ſolutio & numeratio debiti quàm præcedere neceſſe eſt ad luendum pignus,conſiſtit in facto, & quidem in facto hominis,quod vnico inſtanti perfici nõ poteſt arg. *l. vlt.* D. *de condic,inſtit.* Ex eo igitur inſtanti,ac proinde re adhuc omnino integra incipit dominium abſolutè & irreuocabiliter ei quæſitum eſſe cui pignus fuerat venditum & addictum. Non enim ſicuti ineſſe eſt totum ſemeſtre, id eſt vltimum quoque ſemeſtris inſtans præteritum eſſe vt incipiat præſtandorũ laudimiorum obligatio,(quia prius eſt vt initio fieri poſſe deſierit, neq; verò eodem inſtanti vtrumque fieri poteſt, vt & cauſſa naſcatur & effectum producat) ita dici poteſt neceſſarium eſſe vt inſtans illud præterierit ad irreuocabilem acquiſitionem dominij, quod ſcilicet iam anteà fuit quæſitum, nam vt reuocari non poſſit in priuatione & in ſolo temporis lapſu conſiſtit nõ in facto, ideóque vnico inſtanti incommodè id fit, nec naturę aut hominis factum vllum requirit:inde fit vt vltimo ſemeſtris inſtanti verum ſit dicere dominium emptori ex addictione irreuocabiliter quęſitum eſſe. Neque tamen verũ ſit dicere laudimia iam deberi, ſed tantùm debita iri, quia prius quoque eſt vt dominij acquiſitio ſit irreuocabilis, aut vt meliùs loquar, irreſolubilis,

ſolubilis, quàm vt ob eam laudimia vlla debeantur, cùm ea irreuocabilis acquiſitio dominij velut cauſſa ſit quæ producit laudimiorum obligationem tanquam effectum. Sed etſi eodem inſtanti vtrũque fieret vt & dominij acquiſitio irreuocabilis eſſe & laudimia deberi inciperent, non eo minùs tamẽ res integra videri deberet ad confirmandum ius priori domini, vel conductoris, quia ad excludendum poſteriorẽm ſufficit nihil eum iuris habuiſſe in petendis laudimiis medio tempore, id eſt à die addictionis & quæſiti per addictionem dominij ad eum vſque diem quo cœperit facta eſſe irreuocabilis acquiſitio dominij quæ fuerat antea irreuocabilis. Ita enim apparet eſſe omnia integra, nec medium vllum inhabile eſſe quod ab extremo à quo ad extremũ ad quod liberum impediat regreſſum. Atque hæc vera veri iuris ratio eſt quàm ex pragmaticis etiam illi ignorant qui vt benè ſentiant caſu magis quàm ratione mouentur.

ERROR QVINTVS.

De interpoſitione decreti quæ fit antequàm ſemeſtre præterierit.

SVMMARIA.

1 Error Sebuſianorum pragmaticorum qui eodem libello peti volũt miſsionem in poſſeſsionem pignorum venditorum & interpoſitionem decreti, vt ſubhaſtationes rectè facta pronuntiẽtur.

2 D. erroris refutatio.

3 Pragmaticos Sebuſianos & offendere in legem, & debitori iniuriam facere quantumuis clauſulam illam, ſaluo luendi iure quod intra ſemeſtre competit ex ſtatuto, libello adijciant.

4 Obiectio pragmaticorum, & eius dilutio.

PECVLIARIS hic error meorum Sebuſianorum, † quibus 1
tantò magis æquum eſt à nobis conſuli peculiari quodam iure. Qui enim apud eos præcipua pragmaticorum laude floruerunt, iampridem induxere, vt eodem libello petatur miſſio in poſſeſſionem pignorum venditorum, & interpoſitio decreti vt ſubhaſtationes ritè rectéque factæ perfectæque pronuntientur. Quæ res apertè pugnat † cum lege noſtra prouinciali quæ de toto iudiciorum ritu & ordine 2
breuiter nec obſcurè aut incomptè ſcripta eſt. Habet enim diſertis verbis, non priùs petendam eſſe decreti interpoſitionem, quàm ſemeſtre præterierit, cuius tempora non niſi à die miſſionis in poſſeſſionem currere incipiunt, cùm olim currerent à die addictionis, & vt ſtatutum loquitur, expeditionis. Fieri ergo non poteſt vt eodem libello ac eodem tempore, & miſſio in poſſeſſionem & interpoſitio decreti iure poſtuletur. Scio pragmaticos † Sebuſia- 3
nos vt huic obiectioni occurrant ſolere obſeruare vt tam in libello quàm in ſententia quæ intra ſemeſtre decretum interponit, adiiciant clauſulam hanc *ſaluo luendi iure quod intra ſemeſtre competit ex ſtatuto*, & eum erroris ſui colorẽ quærere, quòd hac via fiat vt vtraque quæſtio & miſſionis in poſſeſſionem & interpoſitionis decreti citiùs expediatur. Sed tamen præter id quòd offendunt in legem, quæ ſicuti ſcripta ita ſeruanda eſt quantumuis dura *l. proſpexit 9. D. qui & à quib. manumiſſ.* faciũt etiam iniuriam debitori cui duobus modis lex fauere voluit, commiſeratione vt puto inopiæ, quæ debitores ple-

rumque impedit ne intra ſemeſtre poſſint luere pignus, aut præſenti oblatio-
ne facere ne pignora diſtrahantur. Nam cùm ſemeſtre illud ſtatutarium bre-
uius videretur quàm vt miſero debitori ad conquirendas & explicandas pe-
cunias ſufficere poſſet ſi à die addictionis & expeditionis vt ſtatutum vole-
bat computaretur, viſum eſt æquius, vt nonniſi à die miſſionis in poſſeſſio-
nem quæ aliquando expeditionem longo ſequitur interuallo, currere inci-
peret, quò laxiùs & indulgentiùs cum debitore ageretur. Elapſo autem
ſemeſtri, atque ita luendi iure ordinario pignoris amiſſa facultat, adhuc tamen
debitori decurrendum eſſe placuit hactenus vt ſi quid in ſubhaſtationum for-
ma peccatum ſit, decreti interpoſitio prohibeatur, perindéque luendi pi-
gnoris facultas ſuperſit, acſi ſemeſtre nondum præteriiſſet. Ita fit vt luen-
di pignoris tempora nonnumquam duplicentur, magno ſanè miſeri debito-
ris commodo, cuius bona vt plurimùm vel viliſſimo vel ſaltem minore &
viliore quàm par ſit pretio venduntur, vt tanto plus laborandum habeat in
pecunia conquirenda & dimittendo creditore. Nam & ſtatuto idipſum per-
4 miſſum eſt, dum ne duplum excedatur. Dices debitorem † contra quem in-
terpoſitio decreti poſtulatur antequàm ſemeſtre præterierit, perinde poſſe de
ſubhaſtationum viribus & nullitate contendere, atque ſi ſemeſtre iam præ-
teriiſſet: Proinde nihil eius videri intereſſe an citiùs an tardiùs de interpo-
nendo decreto quæratur. At reſpondeo, Rectè id equidem dictum iri ſi ad im-
pediendam decreti interpoſitionem nihil aliud exigeretur niſi vt in ſubhaſta-
tionum forma peccatum eſſe appareret Sed quoniam illo etiam caſu quo per-
peram factæ ſunt offerendum eſt debitum, adeóque obſignandum priuſquàm
ad eas impugnandas debitor admittatur dum ne pro indebito factæ ſint, ne-
mo non videt iniuriam fieri maximam debitori ſi antequàm ſemeſtre præte-
rierit, vrgeatur ad pecuniam conquirendam & obſignandam. Præter id quod
nec modicum in eo damnum debitor ſentit ſi de ſubhaſtationum iure & viri-
bus litem ſuſcipere cogatur priuſquàm ſit neceſſe. Quid enim ſi habeat vnde
pignus intra ſemeſtre ſit luiturus. Quænam vtilitas erit totius litis de nulli-
tate ſubhaſtationum & interponendo decreto inſtitutæ, ſiue pro debitore iu-
dicatum ſit, ſiue pro creditore? Et tamen habet plerumque ea quæſtio diffi-
cultatem & ſumptuum materiem maximam, vel ob emolumentum illud
quod pro iudicato penſi ſolet. Sed etſi tam inops eſſet debitor vt certum
propemodum eſſet non luiturum pignus intra tempus conſtitutum, quod
tamen vix eſt vt certum eſſe vnquam poſſit, nihilominus eius intereſſet non
tam citò decretum interponi, cùm ſubhaſtationes minùs ſollenniter factæ
ſunt: Vel ob hoc ipſum vt præterito ſemeſtri nouam haberet dilationem in-
trà quam luere concederetur. Quamuis enim luendi vis poſt ſemeſtre inter-
cidat cùm ſubhaſtationibus ſua vis & forma ineſt, ſi quid tamen in iis pecca-
tum ſit, tandiu ius luendi durat quandiu decretum interpoſitum non eſt, ad
30. vſque annos. Nec quod obſignationem fieri neceſſe eſt ad impugnandas
ſubhaſtationes, impedit quominus ea obſignatio fieri quandocunque poſſit
quouſque ad ſententiam perueniatur. Nam & plerumque ſolent iudices cùm
obſignatio nulla præceſſit, ſi vitio aliquo ſubhaſtationes laborare videant, nō
quidem pro debitore iudicare, id eſt decreti interpoſitionem denegare, ſed
ex ſumma ęquitate tempus ſtatuere duorū aut ad triū, aut ad ſummum ſex men
ſium pro debitæ quantitatis, & perſonarum conditione, intra quod debitori
luitio

luitio permittatur ſoluto debito cum legitimis acceſſionibus & ſumptibus litis, hoc tamen addito,vt ſi non intra illud tempus luitio facta erit,decretum ex nunc prout ex tunc interpoſitum eſſe intelligatur.Sic enim fit vt & miſero debitori & iuſto creditori eâdem ſententiâ conſulatur,oblata vtrique indemnitate.

ERROR SEXTVS.

De primo & ſecundo decreto.

SVMMARIA.

1 *Primum decretum quodnam appellent pragmatici.*

2 *Secundum decretum quid pragmaticis.*

3 *Decretum & Decernere quid ICtis ſignificent.*

4 *Interlocutionem de mittendo emptore in pignorum poſſeſſionem perperam dici pragmaticis primum decretum.*

5 *Decreta quæ habent clauſulam iuſtificatiuam,ſecuta interceſſione,& vt loquuntur, oppoſitione,reſoluuntur in ſimplicem citationem.*

6 *Quis ordo obſeruari ſoleat à Senatu Sabaudiæ quando pignoribus captis in executione iudicati petitur miſsio in poſſeſſionem.*

7 *Quid de ſecundo decreto, quod vocant pragmatici ſentiendum ſit.*

8 *Duplicis decreti quãdo meminerint ICti.*

9 *Quis ſenſus ſit l.ſi finita §.Iulianus D. de damn.infect.*

10 *Qui ex cauſſa damni infecti mittitur in poſſeſſionem nolente aduerſario cauere,non idcirco fit poſſeſſor,ſed eſt tantùm in poſſeſſione.*

11 *Miſsio in poſſeſsionem pignorum venditorum & interpoſitio decreti quæ ſequitur, nihil habent commune cum duplici decreto ex cauſſa damni infecti.*

12 *Cur primus iuſſus cauendi pro ædibus non rectè dicatur decretum.*

13 *Alius caſus quo meminere IC. duplicis decreti.*

84 *Quantum differat hic caſus ab eo quo emptor mittitur in poſſeſsionem pignorum.*

PRAGMATICIS frequens mentio eſt primi & ſecundi decreti,nec tamen quid his verbis ſignificetur, benè vt puto exploratum.Nam primum†decretum vulgò intelligunt, inter- 1
locutionem illam iudicis quæ ſine cauſſæ cognitione poſt perfectas ſubhaſtationes,de mittendo emptore in poſſeſſionem pignorum venditorum.Secundum†verò illud quod fit cùm pleniſſima 2
cauſſæ cognitione,quando poſt elapſum ſemeſtre illud de quo proximo capite ſcripſimus,ſubhaſtationes ritè rectéque factæ pronuntiatur. In quo ſanè errant manifeſtiſſimè,& oſtendunt ſe nec quid decretum, nec quid primũ &ſecundum decretum ſit,intelligere.Decretum†enim Iureconſultis nullum 3
omnino eſt ſine cauſſæ cognitione: idque ipſa nominis ſignificatio euincit. Decernere namque Latinis nihil aliud eſt,quàm propoſita dubitandi & deliberandi occaſione in vtram partem ſtatui quid debeat, in hanc tandem aut in illam ſic deſcendere vt certi aliquid ſtatuatur,quod certè fieri nequit, ſi alterum duntaxat ex litigatoribus iudex audiat.Vnde illud eſt, quod Iureconſulti ſæpiùs tradunt,vbi decretum neceſſarium eſt non poſſe rem de plano, & per libellũ expediri *l. nec quicquam.9.§.l.vbi decretũ.D.de offic.proconſ.l.omnia quæcunque* 71.D.*de regul.iur.*Atqui interlocutio†illa de mittẽdo emptore in poſ- 4
ſeſſionem pignorum venditorum,quam pragmatici primum decretum vocant,fit ſine cauſſæ cognitione,& per libellum expeditur,& apud iudices inferiores habet plerũque adiectam clauſulam interceſſionis quam iuſtificatiuam vocant,*niſi quis opponat*, per quam fit vt ſi is ipſe qui debitor eſt,& cu-

ius pignora vendita fuerunt, velit intercedere, audiendus ſit, non ſecus quàm ſi ex interlocutione iudicis vocari tãtùm iuſſus fuiſſet, cauſam dicturus quare non ea miſſio in poſſeſſionem concedi deberet. Id enim eſt quod pragmatici 5 dicunt, huiuſmodi decreta † quæ habent clauſulã iuſtificatiuam, ſecuta interceſſione, & vt loquuntur, oppoſitione reſolui in ſimplicẽ citationẽ, vt & *Bartolus* tractat in *l. de pupillo 5. §. meminiſſe. D. de oper. noui nunciat.* quoniam nec alioqui cũ iuris ratione conuenirent quæ non patitur vt incipiatur vnquam ab executione, ſed tantùm à citatione. Ideóque dicitur clauſula illa *iuſtificatiua* quaſi iuſtam faciens interlocutionem quæ alioqui iuſta non eſſet. Quanquam non ignoro apud Senatum noſtrũ aliter quàm apud inferiores iudices hac in re obſeruari, propter autoritatem, vt puto eorum quæ ſupremo magi-
6 ſtratu iubente geſta ſunt. Solet enim Senatus † ſi quando in iudicati executionem pignora capta & diſtracta fuerint, eáque miſſio in poſſeſſionem deinde petatur, inſpicere ex actis ſubhaſtationũ an quid in iis peccatũ ſit necne, &, ſi peccatum videat, nihil aliud decernit niſi vt debitor vocetur ad ſubhaſtationes aut comprobãdas aut impugnandas. Sin omnia ritè rectéq; geſta ſunt, concedit petitam miſſionẽ, nec debitori ipſi qui iam cõdemnatus eſt ſaluã relinquit intercedendi facultatẽ, ſed aliis tantùm ſi qui erunt tertij, necdum auditi qui intercedere volent: licèt aliis caſibus, id eſt nulladũ ſecuta condemnatione non ſoleat Senatus noſter eas literas, vt vocant, miſſionis in poſſeſſionem concedere, ne tum quidem cùm agitur ex inſtrumento guarentigiato, quod ex ſtatuti autoritate vim ſententiæ & condemnationis habere dicitur, quaſi alienum id à Senatus maieſtate & æquitate videatur, vt permittat incipi ab executione, quamuis addita clauſula iuſtificatiua, cuius apud inferiores iudices vſus his omnibus caſibus nec iniquus nec inutilis eſſe exiſtimatur. Etſi verò cùm Senatus decernit vt emptor pignorum venditorum in eorũ poſſeſſionẽ mittatur, nõ niſi cauſſa incognita id facit, hoc eſt viſis inſpectiſque ſubhaſtationibus, non ideò tamen fit vt decretum illud dici debeat, quia fit inaudito debitore, & per libellũ ea res expeditur, vt proinde dici verè poſſit nec cauſſæ cognitionem vllã hîc interuenire. Cauſſæ namque cognitio nulla interuenire videri poteſt in iis rebus quæ altera duntaxat parte præſente & inaudito aduerſario conſtituuntur. Et hæc de primo illo decreto dixiſſe ſuffi-
7 ciat. Quod verò ad ſecũdum † attinet, fateor interpoſitionem illã decreti, quæ fit cùm elapſo ſemeſtri tempore luendis pignoribus dato ſubhaſtationes ritè rectéque factæ pronuntiantur, non fieri niſi pleniſſima cauſſæ cognitione præcedente, ob ídque decretum illud verè & propriè dici debere; ſed nego ſecundum decretum eſſe, cùm prius alius nullum ſit, nego ſimile quicquam aut cõmune habere cum decreto quod prudentibus ſecundũ dici ſolet. Video
8 Iureconſultos † duplicis huius decreti mentionem facere duplici tantùm caſu. Vnus eſt ſi agatur ex cauſſa damni infecti. Is enim ordo à prætore ſeruatur, vt ſi is cuius ædes ruinam minantur, cauere nolit de damno infecto, iubeatur vicinus mitti in poſſeſſionem earũ ædium, non quaſi ſuarũ, nec vt eas reficere poſſit, aut ſtabilire ne corruãt, ſed vt tędio longæ poſſeſſionis extorqueat cautionem, per quam poſſit cõſuli vicinarum ædium indemnitati. Quod ſi perſeueretur non caueri, quia nulla in eam rem actio iure ciuili cõparata eſt, neque verò comparari potuit, per quam cogeretur dominus vitioſarũ ædium, earũ nomine cauere, tùm verò prætor cauſſa per ſe ipſum pleniſſimè cognita decernebat vt ædes illæ quæ ruinam minabantur fierẽt in bonis vicini, ea-

rúmque

rúmque dominium in vicem cautionis & in pœnam cauere nolentis, ei cui caueri debuerat addicebat. Ex quo tempore factus ille à prætore dominus bonitarius incipiebat ius habere vſucapiendi dominium quiritiarium & rem ſibi habere: qui ſenſus † eſt *§. Iulianus. l. ſi finita*. D. *de damn. infect*. nec perceptus, nec perceptu facilis iis qui diſtinctionem illam duplicis dominij bonitarij & quiritiarij non didiſcerunt: cuius tamen aperta mentio fit ab Vlpiano in Inſtit. & à Iuſtin. in *l. vnic. C. de nud. iur. Quirit. toll.* extántque etiam in Pandectis nonnulla eius veſtigia vt in *l. quamuis 75. D. de iur. dot. l. 3. D. de vſuf. adcreſc. l. §. vlt.* D. *ſi ex noxal. cauſſ. agat.* Sed omnium elegantiſſimus locus ille eſt quem nos notamus in *d. §. Iulianus.* Nam cùm vſucapio nihil aliud ſit quàm adquiſitio, aut vt alij & melius legunt in *l. 3. D. de vſucap.* adiectio dominij, fieri non poſſet vt qui iam factus eſſet dominus à prætore, poſſet magis fieri dominus per vſucapionē ſi non ea duplicis dominij diſtinctio admitteretur. Quod & à nobis in Coniecturarum noſtrarum libris quodam loco latiùs tractatum fuiſſe meminimus. Sed hoc obiter & extra rem ne cui Vlpianus allegatus in *d. §. Iulianus*, ſcrupulum aut potiùs crucem præberet. Illud tantùm hîc ſciri volumus, cum qui † ex cauſſa damni infecti mittitur in poſſeſſionem nolente aduerſario cauere, non idcirco fieri poſſeſſorem, ſed eſſe tantùm in poſſeſſione, quod longè diuerſum eſt *l. quod meo 19. D. de acquir. poſſ.* Poſſidere enim nihil aliud eſt quàm ſibi habere vt Theophilus eleganter in Inſtitutionibus diffinit. Hic autem non priùs ſibi habet quàm à prætore dominus ſit conſtitutus, quod ipſum tunc fit, cùm iubet eum prætor poſſidere, & ſibi habere ædes quæ ruinam minantur. Nec tamen ex eo tempore fit dominus abſolutè, & iure quiritium, ſed tum demum cùm vſuceperit. Ex quo apparet miſſionem † illam in poſſeſſionem pignorum venditorum de qua tractamus, & interpoſitionē decreti quæ ſequi ſolet, nihil commune habere cū duplici illo decreto, imò nec ſimile quidem. Vtrumque enim illud decretū præcedit adquiſitionem veri dominij, vt diximus, in propoſito autem & miſſio in poſſeſsionem & interpoſitio decreti ſequitur dominij adquiſitionem, quæ ſcilicet fit per addictionem & expeditionē, iuncta calami traditione, poſtquàm longo vſu & ex conſuetudine obtinuit vtilitatis cauſſa contra iuris rationem vt per calami traditionem ipſius rei venditæ poſſeſſio tranſlata eſſe intelligatur. In eóq; errant etiamnum plerique ex pragmaticis putantes miſſionem in poſſeſsionē quæ ſequi ſolet addictionē, eſſe loco traditionis, & ob id ſolū fieri vt per poſſeſſionē dominium in emptorē tráſferatur. Nam imò verò fit vt iudicis autoritas non videatur neglecta in adprehendenda corporali poſſeſſione quæ per calami traditionē proculdubiò tranſlata videri non poteſt, ſicut nec per cōſtituti clauſulā transferretur. Cùm enim in huiuſmodi pignorū venditionibus factū iudicis ſit factū partis *l. ſi ob cauſſā 28. C. de euict. l. 2. C. ſi in cauſſ. iudic. pign. capt. ſit.* conſequēs eſt vt quemadmodum ciuiliùs ageret emptor qui rei ſibi venditæ nec niſi fictitio modo traditæ corporalē poſſeſſionē adprehēſurus, debitoris voluntatem in eam rem imploraret, ita conuenientius ſit autore iudice mitti in poſſeſsionem corporalē eū qui iudicis autoritate interueniente nō ſolùm iuſtus & ciuilis poſſeſſor, ſed etiā dominus factus eſt per addictionē, calamíque traditionē, quàm ſi ſuo iure ſuáq; autoritate corporalē illam poſſeſſionē inuaderet. Cæterùm iam inde à die addictionis, & calami traditionis dominiū tráſlatū fuiſſe intelligi, ex eo cōſtat quod ab eo tēpore fructus omnes ad emptorē pertinent, non alio vtique quàm dominij iure. Item

Margin note numbers: 9 (beside "ceptus, nec perceptu facilis…"), 10 (beside "tantùm hîc ſciri volumus…"), 11 (beside "paret miſſionem † illam…").

Digitized by Google

ſtodem & vt in poſſeſſione ſit,nõ etiam vt poſſideat *l.inter 38.D. de adminiſt. & peric.tu.* At miſſio illa,de qua loquimur,facit verũ & corporalẽ poſſeſſorẽ. Venditio autem quæ ex edicto prætoris,ſequi ſolet miſſionem,licèt fiat cauſſa cognita,& prætore ita decernente, nihil tamen adfine habet cum decreto quo ſubhaſtationes confirmantur. Decreti enim noſtri interpoſitio nõ venditio,aliáue alienatio, ſed venditionis iam factæ confirmatio eſt. Denique miſſio in poſſeſſionem qua vtimur, ſequitur venditionem. Illa verò quam prætor edicto pollicetur precedit venditionem,& eò tantùm pertinet vt pignus prętorium conſtituatur, quod nec priùs cõſtitutũ intelligitur, quàm ventum ſit in poſſeſſionem *l.non eſt mirum 26.§.1.D.de pign.act.*

ERROR SEPTIMVS.

De ſubhaſtationibus quæ decreto interpoſito confirmatæ ſunt,reſcindendis.

SVMMARIA.

1 *Interpoſito decreto atq; ita confirmatis ſubhaſtationibus quodnam debitori ſuperſit auxilium.*

2 *Caſus quo reſcindatur decreti interpoſitio, non etiam ſubhaſtationes.*

3 *Alius caſus quo reſcinduntur ſubhaſtationes,non etiam decreti interpoſitio.*

4 *Quomodo accipiendum quod ſtatuto Sab. cauetur vt pignora quæ venduntur duplum non excedant.*

5 *Ex cauſſa immodicæ læſionis, ſi nihil aliud vrgeat ſubhaſtationes nullæ dici non poſſunt. & nu.8.*

6 *Allegatio immodicæ læſionis non debet impedire interpoſitionem decreti,ſed tantùm producere tempus luendi pignoris.*

7 *Senatus ad inſtar Principis poteſt inſpicere inter ius & æquitatem poſitam interpretationem, atque etiam citra reſcriptum Principis reſtituere in integrum.*

9 *Poſt quæ tempora de nullitate aut reſciſſione ſubhaſtationum moueri quæſtio nequeat.*

10 *Pragmaticorum traditiones.*

INTERPOSITO decreto, atque ita confirmatis ſubhaſtationibus,nullus de earum viribus & nullitate querendi locus debitori ſupereſſe poteſt, etiamſi re vera maximè nullæ ſint propter non obſeruatam eam formam quę ſtatuto præſcripta eſt,ſed cogitur† debitor vel à decreto appellare ſi ab in- 1
feriore iudice interpoſitum fuit,vel ſi à ſupremo magiſtratu, à quo appellare non licet,per viam ſupplicationis,vt vocant,ciuilem ſibi proſpicere, vt non obſtante Senatuſconſulto, & acſi redditum nullum eſſet de ſubhaſtationum iure ex integro cognoſcatur. Quod cùm fit† intra tempora quæ porrigendæ 2
ciuili ſupplicationi præſtituta ſunt,ſeruatiſque ſeruandis, ſola decreti interpoſitio reſcinditur. At ſubhaſtationes ipſæ non reſcinduntur, quia non reſcindi neceſſe eſt,ſed nullæ & perperam factæ pronuntiantur, perinde acſi decreto confirmatæ nõ eſſent. Neque verò fieri poteſt,vt reſcindatur id quod nullum eſt,& ipſo iure non tenet. Diuerſum eſt ſi† ſubhaſtationes ex eo tan- 3
tùm impugnẽtur,quod immodicam læſionem & vltra duplũ iuſti pretij cõtineant. Tunc enim ex beneficio *l.2.C.de reſcind.vendit.* reſcindendæ ſunt ſubhaſtationes,non etiam ipſa interpoſitio decreti. Non enim quòd ſubhaſtationes ritè factæ ſint,aut propter rei iudicatæ autoritatem pro ritè factis habendæ,impedit ne reſcindi poſſint,quandoquidem ea demũ venditio priuata reſcindi poteſt quæ tenet,ac iure perfecta eſt, nõ quæ ipſo iure nõ valet.

Idē verò ius hac parte obſeruatur in venditionibus publicis, id eſt ſub haſta & publica auctione factis, quòd in priuatis, vt ex cauſſa immodicæ læſionis reſcindi poſſint ni emptor iuſtum pretiū ſupplere malit *l. ſi quos 16. C. eo. tit. de reſcind. vend. l. 1. C. de præſcr. 30. vel 40. annor.* Nec decreti autoritas aduerſatur; quę, vt diximus, tota pertinet ad ius ſubhaſtationū, non ad cauſſam re-
4 ſciſſionis. Et ſi autē ſtatuto † noſtro expreſſim cautū eſt, vt pignora quę venduntur duplū non excedant, ideóque tentari poteſt malè & cum vitio factas videri ſubhaſtationes, ſi ex iis creditor immodicè & vltra duplū lædatur. Plerique tamen putāt ſtatutū ſic intelligi debere, vt quod ait de duplo nō de duplo pretij quod plerūque incertū eſt, ſed de duplo debiti intelligatur. Quia cùm creditori ſatisfaciendū ſit, nō tantū debiti nomine, ſed etiā pro acceſſionibus omnibus, quę interdū ad magnā vſque quantitatē aſcendunt, nō putauit legiſlator permittendū vt eo prætextu excedi poſſit duplū. Cuius finibus & vſura, & id quoq; quod intereſt coerceri ſolet *l. 4. D. de naut. fœn. l. vnic. C. de ſentēt. quæ pro eo quod intereſt profer.* Sed etſi de duplo iuſti pretij ſtatutū intelligi deberet, quod ſanè verbis cōuenientius eſt, non tamē ſi in eo quid peccatum eſſet nullę ſubhaſtationes dici deberēt. Pertinet enim id ad materiem potiùs quàm ad formam ſubhaſtationum, nec creditoris ſed emptoris dolo ſiue bono ſiue malo fieri ſolet, vt res multò maioris pretij, multò viliore diſtrahatur. Nihilque eſt quod imputetur creditori ſi pignus quod ille diſtrahi curauit, quanticumque ſit pretij, eo pretio venditum fuerit, quòd ſit intra duplum, licèt reuera longè duplo pluris res ſit. Itaque ſi aliud nihil
5 vrgeat nō poſſint ex hac cauſſa nullæ † dici ſubhaſtationes. Nullitas enim ſiue ſubhaſtationum ſiue alterius cuiuſlibet rei ex defectu formæ non ex quantitate materiæ æſtimatur. Vnde illud etiam eſt quod ſi debitor ad impediēdam
6 decreti interpoſitionem † nihil niſi immodicam læſionem alleget, quamuis eam probet, non eo minùs tamen iudex decretum interponere debeat, hoc tātùm adhibito ex æquitate temperamento, vt intra largius tempus ſalua ſit debitori facultas luendi pignoris, quæ alioqui ſtricto iure nulla ſupereſſet. Cuius ęquitatis ratio illa eſt, quod etſi iam interpoſitum decretum proponeretur, probata tamen læſio immodica ſufficere poſſet ad reſcindendas ſubhaſtationes: quamquam vix eſt vt hoc prætextu decreti interpoſitionem differ-
7 re inferior iudex poſſit. Solus ſenatus, cui † ſoli poſt Principem & ad inſtar Principis licet inſpicere inter ius & æquitatem poſitam interpretationem, vt ait *l. 1. Cod. de legib.* hoc ipſum ex æquitate contra iuris rigorem decernere poteſt, quia & citra reſcriptum principis reſtitutionem in integrum poſſet concedere ſuprema, vt aiunt manu, illo etiam caſu quo alioqui reſtitutio ex
8 reſcripto Principis neceſſaria eſſet. Cùm tamen ſi ex cauſſa † immodicæ læſionis ſubhaſtationum nullitas quaſi ex defectu formæ induci poſſet, licere cuilibet iudici debitorem admittere ad offerendum debitum, & luendum pignus etiam poſt elapſum ſemeſtre, dummodo intra annum trigeſimum ab vltimo ſemeſtris die computandum, quia neque reſtitutio eſſet neceſſaria, neque repugnaret ratio ſtricti iuris, quę non patitur vt perperam & cum vitio factæ ſubhaſtationes decreto confirmentur, parato debitore ſoluere & indemnitatem præſtare emptori, ſiue creditor ſiue extraneus ille ſit. Quod ipſum ideò adieci, quia quantumuis nullæ ſint ſubhaſtationes, non tamen audiendus eſt debitor, ſiue contra creditorem eundémque emptorem agat, ſiue contra extraneum qui ſoluerit creditori, niſi obligato priùs

oblato priùs debito cũ legitimis omnib.acceſſionibus:ſi modò ſubhaſtationes factæ ſint pro debito, quoniã ſemper imputari magis debitori poteſt cur nõ ſoluerit quod debuit, quã creditori aut extraneo emptori cur nõ ritè peracta ſubhaſtatio ſit,quæ nec cœpta fuiſſet ſi debitor quod debebat, vltrò & ex bona fide ſoluiſſet.Sanè poſt triginta † annos ab vltimo,vt dictum eſt,ſemeſtris 9
conſtituti,aut decreti interpoſiti die numerandos, nulla de nullitate aut reſciſſione ſubhaſtationum quæſtio moueri poteſt, quia & appellandi, & petendæ reſtitutionis, & condictionis exercendæ ſicut & cætera denique iura omnia longiſſimi temporis ſpatio excluduntur: quemadmodum ex contrario quamdiu decretum interpoſitum non eſt, nullitates ſubhaſtationum obiici poſſunt, itémque immodica læſio licèt præterierit ſemeſtre luendis pignoribus venditis præſtitutum. Ipſum verò luendi ius ſi ſubhaſtationes ritè factæ fuerunt,ſemeſtri illo concluditur, ſin quid in iis erratum ſit, tamdiu durat quandiu decretum interpoſitum non fuit,non tamen vltra triginta annos, à die non addictionis, ſed ſemeſtris elapſi, vt diximus, numerandos. Differt enim ius hoc luẽdi pignoris ab illo quod omnibus debitoribus competit ad inducendam pignoratitiam aduerſus creditores,quod nulla temporis præſcriptione excludi alio loco defendemus. Non enim in mera facultate,vt illud,ſed in mero iure poſitum eſt.Hæc autem omnia pragmatici vulgò longè aliter,quàm diximus,accipiunt. Putant † enim ſubhaſtationibus non ritè 10
factis,ſed tamen decreto confirmatis, non tantùm decreti, ſed etiam ſubhaſtationum reſciſſionem faciendam eſſe: ſi verò & ritè factæ ſint, & decreto confirmatæ, immodica tamen læſione interueniente non tantùm ſubhaſtationes,ſed etiam decretum reſcindi debere, quorum vtrumque falſum eſt.Sed & ſunt qui putent,quandiu decretum interpoſitum non eſt,ius luendi pignoris ſupereſſe,tametſi ſubhaſtationes ritè rectéque factæ proponantur, & ſemeſtre præterierit,quod adhuc ineptius eſt.Nihil enim prodeſt decreti interpoſitio quod ad luendi ius attinet, niſi cùm ſubhaſtationes minùs ritè factæ ſunt,vt quia pro ritè factis habentur,eodem quo ſi ritè factæ eſſent iure cenſeantur. Niſi fortè ad hoc ipſum vti ne dubitationi locus relinquatur an ritè factæ ſint. Nemo enim dubitat quin cuiuſque interſit ius habere quod per ſententiam iudicis declaratum,potiùs quàm quod declarandum ſit. Cæterùm elapſo ſemeſtri ſi ſua ſubhaſtationibus vis & forma conſtet,ius luendi pignoris ſupereſſe nullum poteſt.

ERROR OCTAVVS.

De perpetuando iure luendi pignoris ex cauſſa enormiſſimæ læſionis.

SVMMARIA.

1 Varij errores pragmaticorum. 1. eorum qui ius luendi pignoris venditi debitorem tandiu habere volunt, quamdiu decretum interpoſitum non fuit, etiamſi ſemeſtre præterierit, & ſubhaſtationes ritè factæ ſint.

2 Eorum qui interpoſito decreto, eóque per iuſtam appellationem aut per in integrum reſtitutionem reſciſſo negant ius luendi ſupereſſe, niſi ſubhaſtationes quoque reſcindantur.

3 Eorum qui ius luendi ſemeſtris ſpatio

concluſum perpetuari volunt ob enormiſſimam læſionem.

4 *Ex quo errore pragmaticorum profluxerit error poſtremò propoſitus.*

5 *Refutatio erroris numer. 3. relati remiſſiuè.*

6 *Differentia inter venditiones priuatas & publicas.*

7 *Refutatio erroris pragmaticorum producentium ius luendi pignoris ex enormiſſima læſione ad tricennium etiam eo caſu quo ſubhaſtationes decreto confirmatæ fuerint.*

1 SICVT errare illos diximus qui ius † luendi pignoris venditi tam-
diu debitori ſaluum eſſe volunt quandiu decretum interpoſitum
non fuit etiamſi ſemeſtre præterierit & ſubhaſtationes ritè factæ
2 ſint, item illos † qui interpoſito decreto, eóque per iuſtam appella-
tionem aut per in integrum reſtitutionem reſciſſo negant luendi ius ſuper-
eſſe niſi ſubhaſtationes quoque reſcindantur; ita & labuntur ij, noſtro iudi-
3 cio, qui ius † hoc luendi non niſi ſemeſtris temporis ſpatio concluſum per-
petuari volunt, id eſt in trigeſimum vſque annum extendi ob enormiſſimam
læſionem, hoc eſt quæ ſit vltra beſſem iuſti pretij, etiam poſt confirmatas de-
creto ſubhaſtationes, adeóque quod magis mirum eſt, etiamſi decreti illa
interpoſitio neque per appellationem neque per reſcriptum principis ad
ciuilem ſupplicationem reſciſſa ſit. Hanc enim maiorum pragmaticorum
4 ſententiam eſſe ſcio, conflatam ſcilicet ex eo errore † quem iam nos in ſu-
perioribus refutauimus, quo exiſtimant iidem pragmatici, in priuatis ven-
ditionibus ſi quid venditum ſit ſub pacto de retrouendendo intra quinquen-
nium fortaſſis, aut decennium, & enormiſſima læſio interuenerit, ius re-
dimendi poteſtate iuris fieri perpetuum quod alioqui ex pacto erat tempo-
rale, ſic enim à priuatis venditionibus ad publicas argumentantur, ea-
dem moti ratione quòd ex tam grandi læſione præſumptio doli capiatur,
propter dolum, qui in re ipſa ineſt, & quem dolo ex propoſito compara-
ri eiſdémque omnino effectus parere volunt. Sufficiet igitur huius erroris
5 † refellendi gratia vt ea pro repetitis habeamus, quæ à nobis tradita ſunt in
ſuperioribus, cùm probauimus, neque ex enormiſſima læſione dolum in
re ipſa colligi, neque dolum qui in re ipſa ſit dolo ex propoſito comparari
poſſe. Multò minùs verò illud induci, vt ex cauſſa huiuſmodi læſionis ius re-
dimendi, quod fuit temporale, perpetuum vnquam fiat. Sed illud tamen ad-
dendum eſt. Tametſi ea omnia in priuatis venditionibus verè dicerentur,
quod nos negamus, non tamen idem quoque in publicis admittendum fore:
6 manifeſta enim differentia † inter publicas & priuatas venditiones illa eſt,
quòd in priuatis præcedit tractatus ille de quo in *l. ſi voluntate 8. C. de reſcin.*
vend. Venditore id agente vt diſtrahat quanto poteſt pretio, emptore con-
trà vt emat viliſſimo. Qui tractatus in publicis venditionibus nullus inter-
uenit, ſed ſola emptorum æmulatione debitoris commodum procurante tãti
res æſtimatur quanti vendi, & emptorem inuenire poteſt. Itaque nulla doli
occaſio aut materia ſubeſt, ſi non inter creditorem aut apparitorem qui ven-
ditionem peragit, & emptorem colluſio aliqua detegatur. Deinde hoc ad-
miſſo quòd in priuatis venditionibus dolus in re ipſa ex enormiſſima læſio-
ne inducatur, nemo dixerit purgari eum dolum hoc ſolo quòd ius redimen-
di ex pacto relictum ſit venditori. Ideóque nec mirũ eſt ſi pacti, quod ius re-
dimendi temporale, facit ratio habeatur, quominus in trigeſimum vſque an-
num ea facultas extẽdatur. Nam perinde vrgetur emptor præſumptione do-
li, ra-

Digitized by Google

li, ratione pacti ac ratione ipſius emptionis, vt omnia dolo malo feciſſe exi-
ſtimetur. At in publicis venditionibus, quod habet debitor ius luẽdi pigno-
ris intra ſemeſtre à die miſſionis in poſſeſſionem, numerandum nõ habet ex
pacto cũ emptore inito, ſed ex ſtatuto, quod ſine vlla pretij diſtinctione tem-
pus illud conſtituit pignoribus venditis luendis. Non igitur poteſt videri ẽ-
ptoris dolus vllus interueniſſe in tam breui tempore luitioni præſtituendo,
nec proinde cauſſa vlla eſt, cur in ipſius odiũ à ſtatuti verbis & autoritate re-
cedatur, & ſemeſtre in tricẽniũ cõmutetur. Illud verò longè abſurdius † eſt 7
quod hoc ipſum pragmatici admittendum volunt, illo etiam caſu quo ſub-
haſtationes decreto confirmatæ proponantur. Etſi enim verũ eſt quod ſupe-
riore capite admiſimus, neque ius luendi pignoris quicquam commune ha-
bere cum decreti interpoſitione, ſi in ſubhaſtationum forma nihil peccatum
ſit, neque decreti autoritatem prohibere quominùs ſaluo decreto ſubhaſta-
tiones ob immodicam læſionẽ reſcindantur, fieri tamẽ nunquam poteſt vt
ſalua decreti autoritate, nec reſciſſis ſubhaſtationibus, ius luendi pignoris ex
quacumque cauſſa ſuperſit, quandoquidẽ nec de interponendo decreto priùs
agi poteſt quàm ius luendi extinctum ſit, id eſt quàm præteritum fuerit ſe-
meſtre luendis pignoribus datum, vt probauimus in errorem quintum. Alio
qui quid attineret in id vſque tẽpus elapſi ſemeſtris differri cauſſam & quæ-
ſtionem interponendi decreti, ſi etiam poſt id tempus liberum debitori ma-
neret ius luendi? Ergo cùm interpoſitio decreti in neceſſarium antecedens
ſupponat luendi ius extinctum eſſe, conſequens eſt vt ſi ob enormiſſimam
læſionem ius illud luendi pignoris quod ſemeſtre eſſe ſolet, perpetuum fieri
poſſet, ipſa tamen interpoſitio decreti omnimodo reſcindi deberet aut per
appellationẽ, ſi ab inferiore iudice, aut per ciuilem ſupplicationem, ſi ex Se-
natuſconſulto facta proponeretur. Idque meo iudicio tam apertum eſt, vt in
eo comprobando pluribus immorari nihil ſit neceſſe.

ERROR NONVS.

De fructibus pignoris in cuius venditione enormiſſima læſio interuenit.

SVMMARIA.

1 *Enormiſſima læſione in venditione priuata interueniẽte erroneè ſtatuunt pragmatici venditionem ipſo iure nullam eſſe: tanquã dolo malo extortã: ideòque reſtituẽdos omnes fructus vẽditori habita dũtaxat quincũciũ vſurarũ ratione.*

2 *Idem ad publicas venditiones à pragmaticis malè pertrahi.*

3 *Beneficium l. 2. C. de reſc. vendit. ad publicas venditiones non pertinere.*

4 *Ad quem caſum pertineant ll. quæ venditionem viliori pretio ſub haſtà factam reſcindi poſſe volunt.*

5 *Vera lectio l. 2. C. de fid. & iur. haſt. fiſ. lib. 10.*

6 *Dolo emptoris interueniẽte in extorquenda vili pretio venditione indiſtinctè condemnatur emptor ad rei & fructuum reſtitutionem.*

7 *Nullo dolo interueniente, ſed ſola pretij vilitate in priuatis conditionibus diſtinguitur an venditor ſupra dimidium iuſti pretij læſus ſit, an infra: at in publicis neutiquam.*

8 *Etiamſi admitteretur ſubhaſtationes reſcindi poſſe ex cauſſa immodicæ læſionis, non tamen eſſe conſequens vt enormiſſima læſione interueniente condemnandus ſit emptor ad omnium fructuum reſtitutionem.*

1 ENORMISSIMA † læſione,id eſt,vltra iuſti pretij beſſem in-
teruenientе, ſi priuata vẽditio facta ſit, iam monuimus pragma-
ticorũ errorẽ illum eſſe,vt putent nullã eſſe ipſo iure venditionẽ
quaſi dolo malo extortã , propter dolũ qui in re ipſa ineſſe cre-
ditur,quẽ illi dolo malo ex propoſito prorſus cõparandum eſſe arbitrantur.
Ideóq; fructus omnes quoſquos & quotquot emptor perceperit, quaſi nullo
iure,ac ſine titulo perceptos venditori reſtituendos eſſe, habita duntaxat ra-
tione quincunciũ vſurarũ,ſiue pręſtari eas ſibi emptor velit,ſiue cũ fructibus
2 à ſe reſtituendis cõpenſari.Idẽ verò ius protrahunt †ad publicas quoq; ven-
ditiones,id eſt,quæ ſub haſta & publica auctione fiunt,eandẽ hac parte vt in
cęteris ferè omnibus iuris aut potiùs erroris rationem conſtituentes.Nos ea
quæ ad priuatas venditiones pertinent, & in prima & ſuperiore Decade ſatis
apertè & luculẽter,vt nobis videmur,expoſuimus,& quibus machinis inue-
teratus hic error expugnandus ſit oſtendimus : ſupereſt nunc vt de publicis
ſubiiciamus.In quo illud primùm occurrit quod prox.cap.diſputauimus, vix
fieri poſſe , vt cùm res publicè venditur, dolus emptoris vllus intercedat , ſi
neque creditoris qui vrget pignoris venditionẽ , neque apparitoris iudicatũ
exequẽtis dolus & colluſio probetur.Neque enim emptor hoc caſu cũ debi-
tore contrahit, neque tractatus ille præcedit qui doli occaſionẽ & materiam
inter ementes & vendẽtes prębere ſolet. Quòd ſi dolus ex propoſito hoc ca-
ſu interuenire vix vllus poteſt,multò minus ferendũ eſt,vt dolus in re ipſa,ſi
quis ex enormiſſima lęſione induceretur,dolo ex propoſito cõparetur.Sed &
ſecũ pugnantia ſentire pragmatici vidẽtur.Nam ſi verũ eſt quod illi putant,
& nos proximè confutauimus, enormiſſimã læſionem facere vt ius luẽdi pi-
gnoris quod ſemeſtris temporis ſpatio alioqui cõcluderetur ex verbis ſtatu-
ti,fiat perpetuũ,& in trigeſimũ vſque annum extendatur,quomodo fieri po-
teſt vt nullo iure fructus pignoris venditi interim ab emptore percepti exi-
ſtimentur? Quid enim referret de luendi iure diſputare, nullo ſcilicet inter-
poſito decreto,ſi ſubhaſtationes pro nullis & nó factis haberẽtur?Ná & cùm
dicimus in annũ vſq; trigeſimũ debitori ſaluũ luendi ius ſupereſſe,illud vtiq;
ſignificamus,ex contrario ius habere emptoré rei interim retinendæ,& con-
ſequẽter fructuũ ex ea percipiendorũ quamdiu luitio nõ fit. Cur ergo coga-
tur emptor prætextu enormiſſimę læſionis eos fructus reſtituere,quos cũ ti-
tulo & bona fide adeóque autore prætore percepit ? Nec ſanè poteſt negari
quin bonæ fidei poſſeſſor ſit qui & publicè , & autoritate magiſtratus inter-
ueniente cõparauit,& pretiũ numerauit:maximè verò ſi decreto confirmatæ
ſint ſubhaſtationes. Potéſtq; imputari debitori cur nõ obtulerit quod debe-
bat ſiue ante peractas ſubhaſtationes,ſiue ante præteritum ſemeſtre quod ex
ſtatuto cõpetit ad luenda pignora quæ ſiue iuſto ſiue viliore pretio diſtracta
fuerũt.Quod ſi poſt lapſũ ſemeſtre ipſa quoque decreti interpoſitio acceſſit,
tãtò magis imputare debitor ſibi debet, cur nõ citiùs petierit reſtitutionẽ ex
cauſſa immodicę lęſionis,quę noſtra ſentẽtia eſt,aut cur nõ ex pragmaticorũ
errore obtulerit debitũ. At cõtra tandiu paſſus ſit emptorẽ ſibi rẽ habere, ex
eáq; fructus percipere: quid ſi addã quod nondũ dicere ſũ auſus,Beneficiũ †
3 *legis* 2.C.*de reſcind.vend.*ad publicas venditiones pertinere non poſſe ? Nam
cùm non aliter cõpetat quàm ſi læſio interuenerit vltra dimidiam iuſti pre-
tij ; iuſtum autẽ pretiũm idem ſit quod commune,id eſt, quod non ex huius
aut illius adfectione , ſed ex communi hominum exiſtimatione conſtituitur.

l.pretia.

l.pretia rerum 63.ff.ad leg.Falcid. planè non video qua ratione fieri poſſit vt non commune pretium videri debeat, quod ex publica venditione redactum eſt.Inde namque illud etiam eſt quod dici ſolet tanti eſſe rem quãlibet quanti vendi poteſt,quanti verò vendi quid poſſit, meliùs certè ſciri nequit, imò nec aliter quàm ſi publica auctione diſtrahatur. Nam & cùm per teſtes probanda læſio eſt,ij maximè & optimè de communi iuſtóque rei valore teſtificati creduntur,qui eam dicti ſui rationem attulerunt, quòd ſi vẽditions tempore ea res in publicum vendenda expoſita fuiſſet, tanti væniiſſet quanti ab iis eſt æſtimata:Quale tamẽ nihil dici poteſt cùm venditio publicè facta fuit, niſi cùm aut gratia,aut dolus alius colluſione interuenit,ad quẽ caſum † coarctatas video leges omnes quæ venditionem viliore pretio ſub haſta factam reſcindi poſſe volunt *l.ſi quos 16. C.de reſcind.vend.ne ſub nomine*,inquit, *ſubhaſtationis publicæ locus fraudibus relinquatur*, & ſtatim poſt *vt poſſeſſionibus viliore pretio diſtractis plus exactor ex gratia quàm debitor ex pretio conſequatur.*Idem in *l.1.C.de præſcr.30.vel 40.annor. Si iniuſtam*,inquit,*emptionem eſſe perſpexerit, quod pro vicioſo contractu datu eſt malæ fidei emptoribus reſtitui non oportere.*Malæ fidei enim emptor non eſt niſi qui mala fide,id eſt dolo malo emit;dolus autem emptoris qualitate facti non quantitate pretij æſtimatur *d. l.ſi voluntate 8.l.dolus 10.C.de reſcind.vendit.* Et apertiùs in *l.3.C.de iur.fiſc. lib.10.ſi minori pretio quàm res eſt aperta fraude emptoris vel gratia quæ obligata ſunt fiſco,vaenierunt*,quo loco verba illa *aperta fraude emptoris* an non apertiſſimè excludunt dolum illum præſumptum quem interpretes & pragmatici inducũt ex ſola enormiſſima læſione?Adde *l.2.C.de fid.& iur. haſt.fiſc.eod.lib.* in illis verbis *& quod pretij vtilitate* (ſic enim † legendum eſt, non vt vulgò *vtilitate*) *ob exiguum debitum gratioſam emptionem in fraudem tuam inutilitatémque rationum mearum aduerſarium tuum commentum fuiſſe dicit.* Ceſſante igitur fraude dolóque malo emptoris & gratia creditoris aut executoris,nihil cauſſæ eſt cur publica venditio vilioris pretij prætextu reſcindatur quantacumque læſio ſit,ſicut ex contrario fraude & dolo † emptoris interueniente in extorquenda vili pretio venditione, non diſtinguimus an læſio vltra duplum iuſti pretij adſit néne,ſed omnimodo emptorem tanquam malæ fidei poſſeſſorem condemnamus,vt recepto pretio quod dedit, rem ipſam præciſè cum fructibus omnibus non ſolùm quos percepit, ſed etiam quos percipere potuit,*l.1.C.eod.* Vnde illud eſt quod ſupradictis locis omnibus in quibus tractatur de venditionibus ſub haſta quidem,ſed per fraudem & gratiam factis,nulla diſtinctio adhibetur,quod ad pretij vilitatem attinet, quia nec in priuatis eo caſu diſtingueretur, ſed indiſtinctè dolus vindicaretur æquitate iudicij bonæ fidei cui nihil tam contrarium eſt quàm dolus *l.ſi dolo 5. C.de reſcind.vendit.* At nullo dolo † interueniente ſed ſola pretij vilitate,diſtinctio illa in priuatis venditionibus neceſſaria eſt, an venditor ſupra dimidiam iuſti pretij læſus ſit an infrà vt illo caſu venditori ſuccurratur, iſto non item.In publicis venditionibus quas ſubhaſtationes vocant, nõ ſimiliter huic diſtinctioni locus eſſe poteſt,quia cùm ad probandam læſionem probanda ſit iuſta & communis æſtimatio, non quæ tũc eſt cùm agitur, ſed quæ fuit tempore ſubhaſtationum *d.l.ſi voluntate*,dici non poteſt,multo minùs verò probari,quòd alia fuerit ea æſtimatio quàm quæ publicâ auctione conſtituta eſt, quia nec pluris vendi res potuit,cùm in publica vẽditione, vt dixi,nulla gratia,nullus dolus interceſſit.Sed etſi admittẽdum eſſet † quod pragmatici vo-

Margin numbers (right): 4 (beside "niſi cùm aut gratia… coar-"), 5 (beside "in illis verbis…"), 6 (beside "quantacumque læſio…"), 7 (beside "C.de reſcind.vendit. At nullo dolo…"), 8 (beside last line).

3 Pignus prætorium magnopere differre à iudiciali. 4 Poſtquam iudices magiſtratuum iura nacti ſunt, quæ differentia remaneat inter pignus prætorium & iudiciale.

CVM tria ſint pignorum genera † Conuentionale, prætorium, & 1
iudiciale, pragmatici noſtri ſolent hæc duo poſteriora † confun- 2
dere, & pro vno habere: ſicut & prætorem habent pro iudice,
nec quicquam in ore frequentius, quàm vt prætore autore fieri
dicant quod fit autore iudice. Ideò fortaſſe quòd de quibus cauſſis præto-
res olim non ipſi cognoſcere, ſed iudices dare ſolebant, de iis ipſis cogno-
ſcere hodie iubentur ex *l.2.C. de pedan.iud.* Ita fit vt quod de prætorio pi-
gnore traditum legimus, non prius id contractum & conſtitutum intelligi
quàm ventum fuerit in poſſeſſionem *l. non eſt mirum 26. §.1.ff. de pig.act.* id-
ipſum illi trahant adiudiciale. Quem errorem tolerabilem illud facit quod
Iuſtinianus ipſe in *l.2.C.de præt.pign.* non aliter ſenſiſſe videtur, cùm duplex
tatùm pignus agnoſcit, Conuentionale, inquit, vnũ quod ex conuentionibus
& pactis hominum naſcitur, aliud quod à iudicibus datur & prætoriũ nun-
cupatur. Ego verò auſim dicere † ex iuris ratione & partitè loquentibus dif- 3
ferre pignus prætorium à iudiciali. Prætorium enim illud eſt quod non niſi
ex prætoris edicto conſtituitur per miſſionẽ in poſſeſſionem, vt puta ſi lega-
torum ſeruandorum cauſſa, vel ventris nomine, vel ex cauſſa damni infecti
miſſus quis ſit in poſſeſſionem ſiue à prætore ipſo, ſiue ab alio magiſtratu. *l.
miſſo.12.D.pro empt.l.2.D.pro hered.l.3.C.vt in poſſeſſ.legat.* Non addo *ſiue ab
alio iudice*, quia in libris noſtris iudex paſſim à magiſtratu ſeparatur, tãquam
inferior à ſuperiore, quandoquidem iudices olim dabantur à magiſtratu *l. à
Diuo Pio 15.in princip. D.de re iudic.* Itaque ſi Papinianum conſulas, numquã
ille pignus prætorium appellabit quod à iudice fuerit conſtitutum, ſed illud
tantum quod à magiſtratu. De quo & in *d.l.nõ eſt mirum §.1.de pignor.action.*
Iudiciale pignus à prudẽtibus dictum eſt, quod ab ipſis iudicibus, non à ma-
giſtratibus conſtituebatur, cuiuſmodi illud erat quod in cauſſa iudicati ca-
piebatur, de quo extat *tit.in C.ſi cauſ. iudic. pign.capt. ſit.* Separatus & di-
ſtinctus à tit. *De prætor.pignor.* Etſi enim à Diuo Pio reſcriptũ eſt magiſtra-
tibus populi Romani vt iudicum à ſe datorum ſententias exequantur *d.l. à
Diuo Pio*, vt maior autoritas eſſet rerum iudicatarum, & paratior earum exe-
cutio. Non tamen id ita accipiendum eſt, vt ex eo tempore ipſi per ſe iudi-
catum exequerentur, ſed vt per alios iudices à ſe datos id facerent, vt conſtat
ex *d.l. à Diuo Pio* quę tota de iudicibus iudicatum exequentibus loquitur, nõ
de magiſtratibus: quos ſanè indignum eſſet capiendis & diſtrahendis pigno-
ribus occupari. Autoritatem verò ei rei præſtare indignum non eſt, Iudicia-
lis autem pignoris in eo diuerſa ratio fuit à prætorio, quod ipſa pignoris ca-
pione conſtituebatur, non miſſione in poſſeſſionem *d.l.à D. Pio. §. in ven-
ditione.& §.ſi pignora.& paſſ.* nec in eo locum habet quod ſcriptum eſt in *d.
§.1. l. non eſt mirum*, non priùs conſtitutum pignus intelligi quàm ventum
fuerit in poſſeſſionem. Ad prætorium pignus pertinet titulus Pandectarum
Quib.ex cauſ.in poſ.eat. & qui ſequitur *De reb.autor.iudic. poſſid.vel venund.*
Ad iudiciale *titulus ille C.ſi in cauſ.iudic.pign.capt ſit.* Hodie tamen † ſublata 4
illa magiſtratuũ differentia, & iudicibus omnibus perinde magiſtratuũ iura
nactis, acſi prætores eſſent, fateor poſſe non malè dici iudiciale pignus quod
olim fuit prætorium. Sed tamen illa ſemper differentia manet quæ iure vete-
re inter pignus prætorium & iudiciale fuit, quod ex quibus cauſſis olim prę-

torium conſtituebatur, non aliter hodie nec priùs conſtitutum intelligetur quàm ventum fuerit in poſſeſſionem:Ex quibus autem cauſſis iudiciale contrahebatur, id eſt,captis in iudicati executione pignoribus hodie quoque ſola capione cōſtituetur,nec miſſio in poſſeſſionem requiritur. Denique prætorij pignoris nomen ſublatum eſt,quia iudices omnes hodie faciunt ea ferè omnia quę olim propria erãt prętorię iuriſdictionis, niſi quod in integrum nō reſtituunt. Sed ius ipſum prętorij pignoris quale olim fuit hodie manet. Iudiciale verò pignus etſi nunc dicitur quod olim prætorium fuit, alio tamē iure cēſetur id quod ita iudiciale eſt vt numquam prætorium dici potuerit, id eſt quod etiam olim fuit iudiciale, alio verò quod iudicialis nomen duntaxat non etiam vim & effectum ſibi ſumpſit.

ANTONII FABRI IC.

DECAS VNDECIMA.

ERROR PRIMVS.

De differentia iudiciorum bonæ fidei & ſtricti iuris quod ad fructus & vſuras pertinet.

SVMMARIA.

1 Fructuum & vſurarum condemnationem in omnibus ferè actionibus facere conſueuerunt pragmatici à die litis conteſtatæ.

2 Caſus quo apud pragmaticos vſuræ debentur etiam citra moram,

3 Apud veteres prudentes ex bonæ fidei contractibus debentur vſuræ à die moræ, fructus verò etiam citra moram.

4 Explicatio l.penult. D.fam. erciſc.

5 In actionibus ſtricti iuris vſuræ non veniūt,ne quidem à die litis conteſtatæ:fructus verò veniunt officio iudicis poſt litem conteſtatam percepti.

6 Quæ ſit ratio differentiæ modò propoſitæ inter fructus & vſuras.

7 Quod iactatur à pragmat.per litis conteſtationem in dolo & mala fide debitorem conſtitui, non poteſt inducere condemnationem vſurarum.

8 Nec etiam quod obijciunt, per litis conteſtationem quaſi contrahi.

9 Quæ ſit ſententia l.lite. 35. D. de vſur. vbi Paulus ſcribit vſuras currere lite conteſtata.

10 Quomodo accipiendum quod ſcribit Vlpianus in l. 34. D. de vſur. vſuras vicem fructuum obtinere, nec debere à fructibus ſeparari præſertim in bonæ fidei iudiciis.

11 Explicatur ratio l.ſi nauis. 62. D.de rei vindic.à paucis percepta.

12 Differentia inter fructus & vſuras.

13 Alia inter eadem differentia.

14 Notatur error pragmaticorum putantium omnia iudicia hodie eſſe bonæ fidei.

13 Expenditur caſus quo pragmatici volunt emptorem condemnandum ad vſuras à die traditionis.

16 Vera ſententia l.initio.5. C.de pact.int. empt.& vendit.

NVLLAM pragmatici noſtri differentiam agnoſcunt inter fructus & vſuras, ſiue bonæ fidei iudicio, ſiue ſtricto quis conueniatur: Inter ipſa verò iudicia bonæ fidei aut ſtricti iuris vix vllam quoque. Solent enim & fructuum † & vſurarum condemna-
1 tionem in omnibus ferè actionibus facere ex die litis conteſtatæ, quòd in iudicio, inquiunt, & per litis conteſtationem quaſi contrahatur, & ab eo tempore debitor in mala fide conſtituatur. Vnum duntaxat

caſum

caſum excipiunt in quo † vſuras non ſolùm à die moræ, ſed etiam citra morã 2
deberi fatentur, nempe ſi venditor qui rem tradidit ſecutus fidem emptoris nec pretium accepit, agat ex vendito ad pretium, nam cùm emptor rei venditæ poſſeſſionem nactus ex ea fructus perceperit, non dubitant quin æquum ſit viciſsim vſuras eum præſtare, ex *l. curabit* 5. C. *de action. empt.* ne alioqui & re & pretio ſimul fruitus eſſe videatur *l. 2. C. de vſur. l. Iulianus* 13. *§. veniunt.* D. *de action. empt.* Quemadmodum ex contrario iniquum eſſet vſuras ab eo exigi qui fructus non percepiſſet *l. liberalitatis* 17. *§.* 1. D. *de vſur.* At longè aliter prudentes totam rem hanc definiuerunt. Nam ex † contractibus bonæ 3
fidei vſuras deberi volunt à die moræ *l. initio* 5. C. *de pact. int. empt. & vendit. l. mora* 32. *§. in bonæ fidei.* D. *de vſur. l. in bonæ fidei* 13. C. *eod. l. Lucius* 24. *l. die* 25. *§.* 1. D. *depoſ. l.* 2. C. *eod. l. quaero* 54. D. *locat.* Fructus verò omnimodo, vt loquitur Paulus *in l. videamus* 38. *§. penult.* D. *de vſur.* id eſt etiam citra moram *in leg.* 3. *§.* 1. D. *de action. empt. leg. pro ſocio* 38. *§.* 1. D. *pro ſocio. leg.* 1. *§. hanc actionem* 23. D. *depoſ. l.* 4. *§ ſicut autem.* D. *commun. diuid. l. penul.* D. *fam. erciſc.* vbi tamen † obſeruandum eſt quòd lex ait tam in finium regundorum quàm 4
in familiæ erciſcundæ iudicio præteriti quoque temporis fructus venire, non ſic accipi debere quaſi inter vtrũque iudiciũ hac parte nihil interſit. Intereſt enim hactenus quòd in iudicio familiæ erciſcũdæ fructus veniũt omnimodo & indiſtinctè, vt & in iudicio cõmuni diuidũdo nõ ſecus ac in actionibus ex bonæ fidei contractu deſcendentibus: in iudicio verò finium regundorum ij quidem qui poſt litem conteſtatam percepti ſunt veniunt. Nam & culpa & dolus exinde præſtantur. Sed antè iudiciũ percepti nõ omnimodò veniunt, ſed cum diſtinctione, aut enim bona fide ſunt percepti & cedunt lucro poſſeſſoris ſi eos conſumpſit, aut mala fide, & condici oportet *l.* 4. *§. poſt litem* D. *fin. regund.* Nempe quia finium regũdorum actio licèt in perſonam ſit, tamen pro vindicatione eſt *l.* 1. *eod.* nec magis quàm vindicatio inter bonæ fidei iudicia connumeratur in *§. actionum Inſt. de action.* At in actionibus † ſtricti iuris 5
vſuræ non veniunt ne quidem à die litis conteſtatæ, fructus verò veniunt quidem, ſed ij demum qui poſt litem conteſtatam percepti ſunt, non cæteri, veniunt autem officio ſolo iudicis potiùs quàm ex natura iudicij *d. l. videamus* 38. *§. ſi actionem.* D. *de vſur.* vbi additur fieri hoc ex æquitate, id eſt vulgò receptum eſſe, vt Papinianus loquitur in *l. 2. eod.* licèt illo rationis prætextu quod quale quid eſt cùm petitur, tale dari debet, vt ibidem Papinianus ratiocinatur. Multum igitur hac parte intereſt inter fructus & vſuras, ſicut & inter ea iudicia quæ bonæ fidei, & ea quæ ſtricti iuris appellantur. Et differentiæ ratio † inter fructus & vſuras euidens illa eſt, quòd fructus cùm ſint na- 6
turales rei acceſſiones, ideóque cauſſæ appellatione contineantur, lõgè fauorabiliores ſunt vſuris quæ ex re alioquin ſua natura ſterili, vt Ariſtoteles loquitur, id eſt ex pecunia producuntur. Atqui non eſſent fauorabiliores ſi non ex bonæ fidei contractibus etiam citra moram deberentur, cùm à die moræ vſuræ quoque debeantur. Non eſſent etiam fauorabiliores ſi ex iudiciis ſtrictis vſuræ à die litis conteſtatæ deberẽtur, cùm nec fructus niſi ab eo die debeantur. Nam quod per litis † conteſtationem, in dolo & mala fide debitor 7
conſtituitur, ad rem non facit vt inducat condemnationem vſurarum, cùm non poſſit dolus aut contumacia rei facere vt obligationis ſubſtantia augeatur, ex qua tamen in ſtrictis iudiciis condemnatio æſtimanda & metien-

da eſt. Nam nec fructuum condemnationem litis conteſtatio inducere poſſet, ſi non ea ratio æquitatis ſubeſſet ad officium iudicis inducendum, quod quale quid eſt cùm petitur, tale debetur, ac proinde cauſſa omnis, id eſt quicquid habiturus erat actor ſi eo tempore reſtituta illi res fuiſſet, quo nomine naturales tantùm acceſsiones ſignificantur, id eſt naturalem cauſſam habentes, quales ſunt fructus, non etiam ciuiles, cuiuſmodi ſunt vſuræ quæ non tam ex re quàm ex iure percipi dicuntur in *l. ſi nauis 62. D. de rei vendicat.* Nec ma-
8 gis ad rem facit † quod pragmatici obiiciunt, per litis conteſtationem, quaſi contrahi. Id enim procedit quod attinet ad rem ipſam quæ debetur & petitur, non etiam ad vſuras quæ non debentur, quæque in conteſtationem & iudicium deductæ videri non poſſunt, præſertim illæ, de quibus, nunc tractamus, id eſt eius temporis quod ſecutum eſt conteſtationem. Probabilius videre poſsit argumentum quod pragmatici trahunt ex *l. lite 35. D. de vſur.* vbi
9 Paulus ſcripſit vſuras currere lite conteſtata. Sed iam† docuimus *Decade prima in err. 2.* longè diuerſam eſſe loci illius ſententiam, nec niſi ad eum caſum pertinere quo vſuræ ante conteſtationem debeantur. Senſus enim eſt curſum vſurarum non ſiſti per litis conteſtationem, quamuis conteſtatio ſoleat inducere nouationem, nouatio autem finiat debitũ vſurarum *l. nouatione 18. l. emptor 27. D. de nouat.* Ad voluntariam enim nouationem id pertinet, non ad neceſſariam, qualis illa eſt quæ fit per conteſtationem, quam ideò æquum non eſt actori nocere. *l. aliã 29. D. eod. l. cùm ſtipulati 90. D. de verb. oblig.* Cæterùm non is Pauli ſenſus eſt vt quo caſu vſuræ nullæ debebantur, ſiue obligationis iure, ſiue officio iudicis incipiant deberi poſt conteſtationem. Non enim id eſſet currere, ſed incipere deberi. Denique non poteſt pragmaticos iuuare
10 quod Vlpianus† ſcribit in *l. vſura. 34. eod.* vſuras vicem fructuum obtinere, & meritò non debere à fructibus ſeparari, præſertim in bonæ fidei iudiciis. Nã id non vſque adeò generaliter accipiendum eſt vt falſum reperiatur, cùm negari non poſſit differre vſuras à fructibus etiam in petitione hereditatis, ad quem tractatum ea lex pertinet, vt inſcriptio demõſtrat, nec in eo ſolũ quod dicimus, fructus deberi ex bonæ fidei iudiciis etiam citra moram, vſuras verò non niſi poſt moram præſtari, ſed in illo etiam quòd malæ fidei poſſeſſori fructus poſſunt condici, etiam quos non percepit, ſi percipere potuit *l. 1. C. de fid. & iur. haſt. fiſcal. lib. 10.* imò & quos nec potuit percipere, ſi eos petitor ipſe percipere potuiſſet, non etiam vſuræ quas potuit ex negotiatione lucrari, nec
11 lucratus eſt *d. l. ſi nauis 62. de rei vindicat.* vbi elegans †ratio redditur non ſatis bene ab omnibus percepta, quòd imputandum non ſit poſſeſſori ſi pecuniam in hereditate repertam fœnori non collocauerit, quod non niſi ſuo periculo facere potuit, cùm pecunia non eius cuius eſt, ſed eius qui dat periculo fœneretur. Quamuis vecturam nauis contra malæ fidei poſſeſſorem æſtimandã eſſe placeat, quia licèt ſimilis ſit nauis pecuniæ in eo quòd ſui natura etiam ſterilis eſt, & vectura ſicut vſura non naturâ peruenit, ſed iure percipitur, in eo tamen differt quòd qui naui vtitur, non ideò nauis periculum præſtare debet cùm pereat ſuo domino, ideóque imputari poteſt malæ fidei poſſeſſori cur
12 naui vſus non ſit. Item in eo differunt† vſuræ à fructibus, quòd vt diximus, voluntaria nouatio ſiſtit curſum vſurarum, At curſum fructuum non ſiſtit, aut potiùs non perimit fructuum perceptorum perſecutionem ſi *Iacobo Cuiacio* credimus *li. 18. obſer. cap. 3.* qui id probari putat, ego non item, ex *l. 4. D. de v-*
13 *ſur.* Quibus differentiis illa† etiam meo iudicio addi poteſt, quòd in bonæ fidei

dei iudicijs fructus debentur ex natura iudicij, & obligationis iure non tantùm officio iudicis, vſuræ verò non niſi officio iudicis, vt apertè ſcriptum eſt in *d. l. quaro* 54. *ff. locat.* Vnde fit vt pretij ſorte, licèt poſt moram ſoluta vſuræ peti non poſſint, quia nulla ſupereſt obligatio cui officium iudicis accedere queat *l. qui per colluſionem* 49. *§.* 1. *ff. de act. empt.* Fructus autem peti poſſunt, etiam re tradita, quia ſunt in obligatione, cùm obligatio ex bona fide æſtimatur. Quod ideò adieci quia in iudiciis ſtrictis fructus licèt præſtentur à die litis conteſtatæ, vt diximus, non tamen obligationis iure aut ex natura iudicii debentur, ſed tantũ officio iudicis, & ex æquitate *d. §. ſi actionẽ l.* 38. *l. neq;* 15. *ff. de vſur.* quia ſtrictæ obligationis natura fructuũ additamenta non admittit. Cur autem aliud in bonæ fidei iudiciis, aliud in ſtrictis obſeruetur, ratio petenda eſt ex iis quæ de iudiciorum differentiis earũque cauſſis ſcripſimus pleriſque Coniecturarum noſtrarum locis, maximè verò *lib.* 15. *cap.* 1. *&* 2. vnde & multa alia peti poſſunt ad maiorem eorum quæ modò diximus, explicationẽ. Sunt autẽ hæc omnia coniungenda cũ iis quę ſupra diſputauimus in errorẽ illũ pragmaticorũ, † quo exiſtimant iudicia omnia hodie eſſe bonæ 14
fidei, aut ſaltem parum referre an iudicio bonæ fidei, an ſtricto quis conueniatur, quo ſtultius & abſurdius dici nihil poteſt. Illud tamen non poſſũ prætermittere, † non videri mihi verũ quod iidem pragmatici putant, illo etiã ca- 15
ſu quo venditor fidẽ habuerit emptori de pretio, ſpe futurę numerationis (vt quotidie fit, venditore apocham, emptore verò antapocham conſcribente) condemnandum emptorem ad vſuras die traditionis. Tunc. n. probabilius arbitror vſuras nullas deberi niſi ex die moræ, ob idque neceſſariam eſſe interpellationem, ſi dies non ſit adiecta, quoniam imputare ſibi debet venditor cur ita contraxerit, fidémque de pretio habuerit, niſi fortè emptor ex pecunia illa negotiatus fuiſſe & vſuras percepiſſe probetur. Quo caſu nulla ei fit iniuria ſi lucrum ipſi eripiatur quod ab alio extorſit, ne alioqui & rei & pretij commoda eodem tempore conſequatur. Eáque, ni fallor, ſentẽtia † eſt *legis* 16
initio 5. *C. de pact. int. empt. & vendit.* quæ ait venditorem, ſi initio venditionis pactus non ſit, vt emptor tardiùs exſoluti pretij vſuras penſitaret, vſuras petere non poſſe niſi à die moræ. Tardius enim exſolutum pretium intelligere debemus non quod ſtatim ſolutum non fuit (ſic enim fieri non poſſet vt non ſemper tardiùs ſolueretur) ſed quod in certam diẽ promiſſum, nec ea die ſolutum eſt Habet autem venditor fidem de pretio, qui emptorem admittit vt de pretio intra certum diem ſoluendo ſe obliget. Nam quod nonnulli magis probant vt ea lex intelligatur de emptore qui fructus nullos ex re vẽdita perceperit non ſolùm commentitium eſt, ſed etiã à iuris ratione alienum: quandoquidem eo caſu neque ex mora vſuræ deberi poſſent, vt diximus ex *d. l. liberalitatis* 16. *§.* 1. *D. de vſur.* neque verò mora contrahi, quia nihil eſt quod imputetur emptori qui pretiũ non ſoluit quãdiu ſibi res tradita nõ eſt, cùm prior contractum ex parte ſua implere debeat, qui prior ex contractu agit *d. l. Iulianus* 13. *§. offerri. De action. empt.* Atqui lex tractat de ea mora tunc cõtrahitur cùm agente venditore emptor non ſatisfacit, aut quę ex ipſo diei lapſu iam contracta ſit. Proinde falſa eſſet euidenter prima pars legis, quæ habet vſuras initio cõtractus promiſſas ab emptore præſtari debere etiam citra moram (ſic enim accipiendam eſſe priorem partem poſterior demonſtrat) nã conuentio non valeret vt emptor vſuras pretij præſtaret qui ex re vendita non tradita fructus nullos percepiſſet, nec percipere potuiſſet, *d. l.* 16. *§.* 1. *de vſur. iunct. l. ex empto* 11. *§. D. de act. empt.*

Digitized by Google

ERROR SECVNDVS.

De fructibus & vſuris legatorum & fideicommiſſorum ſingularium.

SVMMARIA.

1 Actionem ex teſtamento per quam legata & fideicommiſſa ſingularia petuntur nõ eſſe propriè bonæ fidei.

2 In quo d. actio imitetur naturam actionum bonæ fidei.

3 In d. actione vſuræ veniunt ex die moræ.

4 D. actionem quod ad fructus attinet differre à cæteris bonæ fidei iudicijs.

5 Explicatur l. quæſitum. 40. D. de acq. rer. dom.

6 Vt ſit accipiendum quod in l. 1. C. de vſur. & alibi ſcriptum eſt, tam vſuras quàm fructus legatorum & fideicommiſſorum deberi à die litis conteſtatæ.

7 Error Bartoli.

8 Error pragmaticorũ putantium fructus & vſuras legatorum & fideicommiſſorum nonniſi à die litis conteſtatæ deberi, etiamſi mora præceſſerit, à Senatu Sabaudiæ reiectus.

9 Differentia inter debitum ex teſtamento, & debitum ex contractu.

10 Caſus quo vſuræ & fructus debentũr ex teſtamento etiam citra moram & à die mortis.

11 Minori curatorem non habenti rectè ſoluitur.

12 Explicatio §. vſuras. l. Titia. 87. D. de legat. 2.

13 Alius caſus quo fructus & vſuræ debentur à die mortis teſtatoris.

1 ACTIO† ex teſtamento per quam legata & fideicommiſſa ſin-
gularia petuntur, non poteſt verè & propriè dici bonæ fidei,
quia bonam fidem cùm dicimus eã, ſignificamus quam alte-
rum alteri præſtare oporteat, & conſequenter eo demum caſu
de bona fide quæri poteſt quo naſcitur obligatio ex mutua con
uẽtione, & qualitas negotij eã interpretationẽ fieri ſuadet, quæ
fit ex bona fide. At in teſtamẽtis nõ cõuẽtio pluriũ verſatur, ſed ſola teſtantis
voluntas, ex qua vna æſtimandum eſt quid ex teſtamento præſtari oporteat.
2 Imitatur † tamen hæc actio naturã actionum bonæ fidei in eo quòd pleniſſi-
mas habet præſtationes, quoniã ea proculdubio teſtatoris volũtas fuit vt quic
quid teſtamento legatũ datúmve eſt, pleniſſimè præſtaretur, idque etiam po-
3 ſtulat fauor vltimarũ voluntatũ. Ideóq; dicimus in hac actione† vſuras veni-
re ex die moræ, vt in cæteris omnibus bonæ fidei iudiciis. *l. ſi quis bonorũ 23. l.
cũ res 47. de leg. 1. l. ſi quis ſeruo 84. l. Titia Seio 87. §. vſuras de leg. 2. l. patr. 35. de*
4 *leg. 3. l. vſura 34. ff. de vſur.* Quod ad fructus† tamẽ attinet, differt actio ex teſta-
mẽto à cæteris bonæ fidei iudiciis. Nã cùm in cęteris fructus omnimodo de-
beantur, *l. videamus. 38. §. pen. eo.* id eſt, nulla etiã mora præcedente, vt ſuperiore
capite explicauimus arg. *d. l. Titia 87. §. vſuras de legat. 2.* In actione tamẽ ex
teſtamẽto nõ debẽtur niſi à die moræ, nec ſi heres legatam rem eſſe ſciat quia
non ideo ſcit an legatarius legatum iam agnouerit aut agniturus ſit, quod ex
mera ipſius voluntate pendet non ex iure teſtamenti *l. 3. D. de vſur. d. l. ſi quis
ſeruo 84. de legat. 2.* Nec enim cogitur heres ire ad legatariũ & fideicommiſ-
ſarium vt ei offerat quod teſtamento datum relictúmque eſt, ſed ſufficit vt
petenti legatario moram non faciat, eamque rem ſtatim præſtet *d. l. cùm res*
5 *47. de leg. 1.* Qui proculdubio Africani† ſenſus eſt in *l. quæſitum 40. de acquir.
rer. domin.* cùm ait heredem non poſſe rei legatæ fructus ſuos facere ex quo
ſcit rem eſſe legatam, nempe ſi iam tùm fuit agnitum legatum vel fideicom-
miſſum, ſalioqui bonæ fidei poſſeſſor heres eſt licèt legatum aut fideicom-
miſſum

Digitized by Google

miſſum eſſe ſciat, quandiu ignorat an iure ſuo vti legatarius aut fidei com-
miſſarius volet. Non eſt contrarium quod † in *l.1.& tot.tit.* C.*de vſur. & fruct.* 6
legat. ſcriptum eſt, tam vſuràs quàm fructus ſiue legatorum ſiue fideicom-
miſſorum deberi à die litis conteſtatæ. Quod & Iulianus ſenſiſſe videtur in
l.quæſitum 91.*§.vlt.de leg.*1. Id enim omnimodo ſic accipiendum eſt, ſi mora
non præceſſerit, quam vtique conſtat poſſe contrahi per interpellationem
factam congruo loco & tempore etiam ante conteſtationem, arg. eius quod
non valdè diſſimiliter ſcriptũ eſt in *l. ſed etſi lege* 25.*§.ſi ante* D.*de petit. hered.*
quod & Accurſius benè vidit, & longè meliùs quàm *Bartolus*, † & cæteri qui 7
fructus legatorũ ſeparãt ab vſuris, eóſque legatario deberi volunt ex die mor-
tis, propterea quòd ab eo tempore dominiũ rei legatæ à teſtatore ad legatariũ
peruenisse intelligatur quaſi nunquam factum heredis *l.legatum* 80.*de leg.*2.*l.*
à Titio 64.D.*de furt.* Iunct.l.*Herennius* 42.D.*de vſur.* In quo quia manifeſtiſ-
ſimè refelluntur ex *d.l.1.& tot.tit.* C.*de vſur.& fructib.legat.* vbi ſcriptum eſt
non ex die mortis, ſed à lite conteſtata tam fructus quàm vſuras deberi ſiue
in rem ſiue in perſonam actum ſit, coguntur viri boni multò ineptiore &
prorſus commentitia interpretatione totum illum titulum ad eum caſum
coanguſtare quo res aliena legata ſit, cuius proinde dominium quod penes
ipſum teſtatorem non fuit, à teſtatore in legatarium aut fideicommiſſarium
tranſire non potuerit. Contra quam ſententiam & diſtinctionem tam multa 8
iam ſcripſimus *lib.7.Coniect.cap.3. &* 4. vt hîc pluribus immorari operæpre-
tium eſſe non arbitremur. Pragmatici † verò in hunc ferè vſque diem, & ab
Accurſio & à Bartolo aliiſque interpretibus diſſentientes vulgò exiſtima-
bant nonniſi à die litis conteſtatæ deberi fructus & vſuras legatorum & fi-
deicommiſſorum etiamſi mora longo interuallo conteſtationem præceſſiſ-
ſet, niſi teſtator ſoluendo legato aut fideicommiſſo diem præſtituiſſet, quo
caſu quaſi mora ex ſolo temporis lapſu contracta volebant ex eo die induci
debitum fructuum & vſurarum. Sed etiam ſacroſancti & cõſultiſſimi Senatus
noſtri autoritate error hic profligatus eſt: ſæpiúſque pronuntiatum ſi mora
conteſtationem præceſſerit, tam fructus quàm vſuras ſiue legatorum ſiue fi-
deicommiſſorum à die motæ deberi, non à die litis conteſtatæ, ſiue propria
res teſtatoris ſiue aliena fuit quæ per legatum aut fideicommiſſum relicta eſt,
Nec aliud admittendum eſſe tametſi in diem certam legatum vel fideicom-
miſſum eſſe proponatur: quia diei aduentus non facit vt hoc ipſo conſtitua-
tur heres in mora ſi legatum aut fideicommiſſum non ſoluat quandiu à le-
gatario aut fideicommiſſario interpellatus non eſt, cùm ignorare probabi-
liter poſſit an legatarius aut fideicommiſſarius relictum ſit agniturus. Quare
nec aliud erit, tametſi teſtator præcisè & enixa voluntate iuſſerit vt ad diem
legatum ſoluatur, in eámque rem bona hereditaria diſtrahãtur. Habet enim
voluntas illa quàntacumque expreſſa & efficax tacitam conditionem, ſi le- 9
gatum aut fideicommiſſum agnitum erit, quia liberalitas, vt habet iuris re-
gula, in inuitum nonconfertur. In eóque diſſimile eſt † quod ex teſtamenot
debetur, ab eo quod ex contractu. Nam ſi quid per contractum etiam ſtricti
iuris, vt puta per ſtipulationem promiſſum ſit certo die ſoluendum, nec ſolu-
tum ſit, dicimus & fructus & vſuras exinde deberi propter diei adiectionem
l.3.D.de eo quod cert. loco.l.ſi fundum certo die 114. *De verb. obligat. l.ſi Calen-
dis* 11. *De re iudic.* quia cùm contractus duorum voluntate perficiantur
creditor iam ſatis voluntatem ſuam declarauit ab ipſo contractus tempore

nus monet in *d. §. vſuras*, morã illam quæ fauore minoris ætatis inducitur re ipſa & ſola ceſſatione ſolutionis finiri etiam ipſo iure ſtatim atque completus eſt annus vigeſimus quintus, quaſi ceſſante cauſſa per quam inducebatur: ob idque ex eo tempore neceſſariam eſſe interpellationem vt noua mora cõtrahatur, quam ſemel interueniſſe ſufficiat quò vſuræ perpetuò debeantur. Mora enim ſemel contracta per interpellationem ſemper durat quouſque purgata ſit, quæ verò non niſi fauore ætatis contracta eſt, finita quoque ætate finitur. Sed & ſciendum eſt alio quodam caſu †fieri poſſe vt legatorũ ac fi- 13
deicommiſſorum fructus & vſuræ ex die mortis teſtatoris debeantur, ſcilicèt cùm legato ipſo aut fideicommiſſo continentur, id eſt, ſi fructus ipſi quoque relicti ſint per legatum aut fideicommiſſum, vel vſuræ. Nõ enim eo caſu fructus aut vſuræ legatorum vel fideicommiſſorum dici debent, ſed fructus legatos vel fideicommiſſos, vſuras quoque legatas vel fideicommiſſas eſſe dicẽdum eſt. Tunc autem heredis moram explorari oportet, cùm de vſuris fideicommiſſi quæritur, non de ipſis fideicommiſſis, vt elegãter & ſubtiliter more ſuo Papinianus loquitur in *l. cum vnus 10. §. verbis fideicommiſſi. D. alim. & cibar. legat.* Cætera quæ ad hunc tractatum pertinent, & ad differentias quæ in hac etiam quæſtione fuerunt olim inter legata & fideicommiſſa, ex iis Coniecturarum noſtrarum locis petenda ſunt, quos ſuprà indicauimus.

ERROR TERTIVS.

De fructibus ex fideicommiſſaria hereditatis reſtitutione adiudicandis.

SVMMARIA.

1 *A quo tempore fructus hereditatis fideicommiſſariæ debeantur fideicommiſſario.*

2 *Sententia Bartoli putantis deberi à die oblati libelli.*

3 *Videri aliis deberi à die litis conteſtatæ, idque in praxi receptum eſſe.*

4 *Proximè relatæ ſententiæ refutatio.*

5 *Ex ſententia autoris deberi fructus & vſuras fideicommiſſi vniuerſalis à die moræ. & numer. 10.*

6 *Differentia hac in parte inter fideicommiſſum ſingulare & vniuerſale.*

7 *An tentari poſſit in fideicommiſſariæ hereditatis reſtitutione fructus omnes venire etiam ante moram perceptos.*

8 *Differentia inter heredem de reſtituenda hereditate rogatum & alium à quo fideicommiſſaria hereditas petitur poſt reſtitutionem.*

9 *Fructus quatenus augeant hereditatem.*

QVAE proximo capite diximus De fructibus fideicõmiſſorum, ad ea fideicommiſſa pertinent quæ ſunt rerum ſingularium: quorum eadem ratio quæ legatorum iam olim fuit in pleriſque cauſſis *l. 1. de lega. 1.* hodie verò generaliter & indiſtinctè eadem prorſus in omnibus ex Iuſtiniani conſtitutione in *l. 1. C. cõm. de leg.* nõ etiã ad vniuerſalia, quale illud eſt quo qui de reſtituẽda hereditate rogatur. Nã quod ad hęc attinet, pragmaticorũ error facit, vt alius tractatus eſſe videatur, & ſeparatim proponẽda ſit hęc quęſtio, A quo tẽpore †fructus hereditatis fideicõmiſſariæ fideicõmiſſario debeãtur. Sunt. n. qui putẽt poſt †*Bartolũ cõſi. 53.* deberi nõ à die morę extraiudi- 1
cialis, aut litis conteſtatę, ſed à die oblati libelli, quę prima iudicialis mora 2
dici poteſt. Alij contrà & ex iis qui fideicommiſſorum ſingularium fructus & vſuras à die morę per extraiudicialẽ interpellationem contractæ deberi

tem eſſe,pendentes ſiquidem propriè illi ſunt qut ſunt maturi,non etiam cæ-
teri qui nondum maturi ſunt, licèt fundi quoque appellatione magis quàm
parte contineantur *l.fundi* 17.D.*de act.empt.* Neque enim fructuum nondum
maturorum,licèt ſperētur,certa vlla poteſt iniri æſtimatio,propter innumera
quæ poſſunt accidere,& facere ne matureſcāt. Apparet igitur ex ſuperioribus
pleniorem eſſe poſſe quod ad fructus reſtituendos attinet,fideicommiſſi vni-
uerſalis reſtitutionem quàm fideicommiſſi ſingularis,minùs plenam eſſe non
poſſe. Quòd ſi itá eſt,conſequens fit vt cùm ex fideicommiſſo ſingulari fru-
ctus debeantur à die moræ, multò magis ab eò tempore debeantur ex cauſſa
fideicommiſſi vniuerſalis.Quinimò probabiliùs tentari poſſet † in fideicom- 7
miſſaria hereditatis reſtitutione fructus omnes venire etiam qui ante mo-
ram percepti ſunt,quoniam fideicommiſſaria hereditatis petitio eaſdem pre-
ſtationes recipit quas hereditatis petitio ciuilis *l.* 2.D.*de fideic.hered.peti.* ſicut
& poſſeſſoria hereditatis petitio quæ bonorum poſſeſſori datur *l. vltim.*D.*de
poſſeſſ.hered.petit.* Conſtat autem fructus omnes ex hereditate perceptos,licèt
longo poſt teſtatoris mortem interuallo, venire in petitionem hereditatis
ciuilem,quia hereditas & augmentum recipit & diminutionem cùm ſit no-
men iuris,ſiue fructus illi ante aditam hereditatem, ſiue poſt aditam acceſſe-
rint *l.item veniunt* 20.*§.item non ſolum.& §.fructus.* D.*de hered. petit.* Sed re-
ſpondendum eſt,fideicommiſſariam illam hereditatis petitionem, quæ eaſ-
dem præſtationes recipere dicitur, quas hereditatis petitio ciuilis, & de qua
in *d.l.*2.*ill. tit.* non eam eſſe quæ datur fideicommiſſario contra heredem ad
extorquendam hereditatis fideicommiſſariæ reſtitutionem, ſed eam quæ re-
ſtituta hereditate datur fideicommiſſario contra quemlibet hereditatis poſ-
ſeſſorem pro herede aut poſſeſſore poſſidentem. Nam cōtra heredē rogatum
quandiu hereditatem nondum reſtituit, fideicommiſſaria hereditatis petitio
locum habere non poteſt, ſed in id tantùm agendum eſt vt fideicommiſſum
reſtituatur ex Prætoris fideicommiſſarij in eam rem ſpecialiter conſtituti iu-
riſdictione: poſt reſtitutionem verò non poteſt ea actio competere aduerſus
heredem qui tutus eſt exceptione reſtitutæ hereditatis *l.vlt.§.pen. D.eod.l.ita
tame* 127.*§.qui ex Trebelliano* D.*ad S.C.Trebell.* Cæterum alio iure cenſen-
dus eſt is † qui fideicommiſſum reſtituere rogatus eſt,alio is à quo fideicom- 8
miſſaria hereditas petitur poſt reſtitutionem: quia heres rogatus quandiu fi-
deicommiſſi reſtituendi nomine non vrgetur, ius habet hereditatis retinen-
dæ non ſolùm tanquam bonæ fidei poſſeſſor, quod ſufficere poſſet ad fructus
lucrandos,ſed etiam tanquam dominus,cùm heredis appellatio nihil niſi do-
minum ſignificet.Vnde illud etiam euenit, vt fideicommiſſarius vniuerſalis
quantumlibet heredis loco ſit,non tamen fiat ex Trebelliano heres, quia li-
cèt Senatuſconſultum poſſit facere heredem & dominum, vt ex Senatuſcon-
ſultis Tertylliano & Orficiano apparet,non potuit tamē facere vt qui re vera
heres erat,heres eſſe deſineret *l.aut prætor* 7.*§.ſed quod Papinianus.D.de minor.
l.ei qui ſoluendo* 88.*de hered.inſt.* multò minùs autem vt vni homini duo he-
redes in ſolidum eſſent. Itaque mirum non eſt ſi heres de reſtituenda he-
reditate rogatus meliore conditione ſit quàm is qui fideicommiſſaria here-
ditatis reſtitutione conuenitur, quique nullum ius habet poſſidendi eam,
fructúſque ex ipſa percipiendi. Etſi enim generaliter verum eſt quod di-
ximus fructus augere hereditatem, aliud tamen eſt tractare de heredi-
tate ſimpliciter, aliud verò de hereditate reſtituenda. Fructus † augent 9

Digitized by Google

hereditatem lucro heredis, ſed non augent hereditatem ex fideicommiſſo re-
ſtituendam, id eſt, non augent fideicommiſſum, quia, vt dictum eſt, quoties
quis rogatur hereditatem reſtituere, id videtur rogatus reſtituere, quod fuit
hereditatis, moriente ſcilicet teſtatore: nam nec alia fuiſſe hereditas videri po-
teſt, quæ ſemel adita fuit altero herede de ea reſtituenda rogato, quandoqui-
dem aditio quæ iuris poteſtate retrotrahitur ad tempus mortis, facit vt nullo
tempore iacuiſſe hereditas videatur. Proinde fructus qui illo mortis tem-
pore nec iam percepti, nec pendentes fuerunt, non tam hereditati quàm re-
bus hereditariis accepto ferendi ſunt, & conſequenter in fideicommiſſum ve-
nire non poſſunt, ne fiat contra voluntatem quod ex voluntate proficiſcitur:
Et quemadmodum hereditas ex quo adita eſt, deſinit eſſe hereditas, fitque
patrimonium heredis, ita fructus illi à vero herede percepti non tam heredi-
tatē quàm heredis patrimoniū auxiſſe intelligūtur, nemo autem dixerit pro-
priū patrimoniū heredis fideicōmiſſo cōtineri *l. coheredi 41. §. cum filia.* D. *de
vulg. & pupil. ſubſtit. l. ſequens quæſtio 67. de leg. 2.* Planè ſicuti melioris condi-
tionis eſt heres rogatus de reſtituenda hereditate, quia verus heres eſt, quàm
qui petitione hereditatis conuenitur tanquam poſſeſſor pro herede poſſidens
10 aut pro poſſeſſore, quia falſus heres eſt, ita æquum eſt † meliorē eſſe conditio-
nem fideicōmiſſarij, quàm veri heredis in fructibus acquirendis, ex quo tem-
pore mora per heredem facta eſt in reſtitutione fideicōmiſſi, ne alioqui pro-
ſit heredi ſua fruſtratio & fideicommiſſario noceat contra voluntatem teſta-
toris, quod proculdubio eueniret, ſi fructus ex hereditate fideicommiſſaria
poſt heredis moram percepti in reſtitutionem non venirent, litiſque conte-
ſtatæ tempus ſpectandum & expectandum eſſet, quod plerumque per contu-
maciam & tergiuerſationem heredis in longiorem diem differtur.

ERROR IV.

De fructibus hereditatis fideicommiſſariæ in Trebellianicam computandis.

SVMMARIA.

1 *Differentia inter cauſſam reſtitutionis fideicommiſſi & imputationis in quartam.*

2 *Fructus à vero herede ex hereditate percepti non veniunt in fideicommiſſariæ hereditatis reſtitutione.*

3 *Fructus omnes etiam citra moram percepti ex voluntate teſtantis in quartam imputantur.*

4 *Si purum ſit fideicommiſſum fructus medio tempore percepti cur non imputentur.*

5 *Quando fideicommiſſum nulla deducta quarta reſtituatur, & quanti temporis fructus Trebellianicam abſorbeant num. 6. ex ſententia pragmatic.*

7 *Error pragmaticorum.*

DIFFERENTIA magna eſt inter cauſſam † reſtitu-
tionis fideicommiſſi & imputationis in quartam: multa e-
nim imputantur quæ non veniunt in reſtitutionem, quo-
niam ad imputationē ſufficit vt id de quo agitur heres ha-
beat ex iudicio defuncti & tanquam heres, non habiturus ſi
heres nō fuiſſet: ad cauſſā verò reſtitutionis, neceſſe eſt vt id

quod

quod in reſtitutione venit ſit hereditarium, nec niſi hereditati accepto ferri poſſit. Inde fit vt fructus à vero herede † ex hereditate percepti, non veniant 2
in fideicommiſſaria hereditatis reſtitutione, vt proximo capite dicebamus, quoniã vt Vlpianus ſcribit in *l. in fideicõmiſſaria* 18. D. *ad* SC. *Trebell.* quoties quis rogatus eſt hereditatem reſtituere, id videtur rogatus reddere, quod fuit hereditatis, fructus autem nõ hereditati, ſed rebus ipſis hereditariis accepto feruntur, & tamen fructus † omnes etiam citra moram percepti in quartam 3
imputantur, ſi modò percepti ſint ex iudicio, & voluntate teſtantis, quod euenit quoties hereditas per fideicommiſſum in diem aut ſub conditione relicta eſt. Nam ſi purũ † aut quod ferè idem eſt præſenti die fideicommiſſum 4
ſit, fructus medio tẽpore percepti magis ex negligentia petentis quàm ex iudicio defuncti percepti videntur, ideóque nec imputantur, ſed perinde acſi nulli percepti eſſent fideicommiſſum deducta quarta reſtituetur *l. mulier quæ duobus* 22. *§. ſi heres.* D. *ad* S.C. *Trebell.* Quoniam autem pura illa fideicommiſſa hodie perrara ſunt, nihilque frequẽtius eſt quàm vt heres ſiue ſcriptus ſiue legitimus hereditatem poſt mortem ſuam ſi ſine liberis deceſſerit, reſtituere rogetur, accidit ſæpenumero vt fideicõmiſſum † nulla deducta quar- 5
ta reſtituatur, quia fructuum medio tempore perceptorum ratio eam computationẽ inducit quæ Trebellianicam abſorbeat: ideóque ſolet quæri quot annorum fructus ei rei ſufficiant. Et pragmaticis placet quinquennij † fru- 6
ctus ſufficere, æſtimatis ſcilicet fructibus ad modum vſurarum quincũcium, quæ viceſimo demum anno æquant ſortem, quandoquidem Trebellianica quarta duntaxat portio eſt hereditatis reſtituendæ. Nam & quinquennium pars quarta vicennij eſt, eadémque proportione ſe habet ad vicennium, qua hereditatis reſtituendæ quarta portio ad totam hereditatem, ſed euidentiſſimus hic error eſt pragmaticorum. Non enim † quartã ſolam, eámque in- 7
tegram & illibatam ex fideicommiſſo habere heres debet, ſed etiam quartæ fructus *d. §. ſi heres l.* 22. *D. ad* S.C. *Trebell. l.* 3. C. *eo. l. Papinianus* 8. *§. unde ſi quis* D. *de inoff. teſtam.* & quidem à die mortis *l. quod bonis* 15. *§. fructus* D. *ad leg. Falcid.* Proinde, niſi mea me fallit arithmetica, ſexennij integri ac prætereà trium menſium fructus habere heres debet, vt Trebellianũ inducatur, quomodo prudentes ante Iuſtinianum loqui ſolebãt, id eſt, vt tota hereditas ex fideicommiſſo ſine vla deductione reſtituatur, iuxta eam fructuum æſtimationem, iuſtam ſanè & rationi adprimè conſentaneam, quæ conſtituitur ex vſurarum quincuncium comparatione. Nam quod Vlpianus in *d. §. vnde ſi quis*, tractat de decennio, exempli potiùs quàm calculi cauſſa dictum eſt.

ERROR QVINTVS.

De iure liberorum primi gradus, vt fructus à ſe perceptos in Trebellianicam imputare non cogantur.

SVMMARIA.

1 *Quale ſit ius illud ſingulare quod in fauorem liberorum primi gradus introduxit Zeno Imp. in l. iubemus. 6. C. ad SC. Trebell.*

2 *Hodie eo iure vtimur, vt liberi de reſtituẽda hereditate rogati duas quartas detrahant.*

3 *Iniquum eſſe vt liberis primi gradus duæ quartæ concedantur, ac præterea fructus omnes medio tempore percepti.*

4 *In Zenonis lege nihil eſſe ex quo poſſit conijci permittendum legitima cum Trebel-*

duum eadem duplicis quartæ deductio indulgetur. Reſpondebo, id quidem egiſſe Zenonē vt liberos primi gradus priuilegio aliquo aſſiceret, ſed ita tamen vti ne fideicōmiſſario in totius hereditatis dodrāte iniuriā fieri pateretur. Itaque inducto eo per errorem interpretum qui pōtificij iuris cōditores fefellerunt, vt non niſi ſemis hereditatis fideicommiſſario ſaluus eſſe poſſit, ſi fortè fructus aut nulli, aut perexigui ab herede percepti ſint, æquū non eſſe vt qui eo caſu diminutionem patitur eius portionis quā ex fideicōmiſſo illibatam habere debuit, iuris communis auxilio priuetur, ſi fortè fructuum perceptorum & imputandorum ratio ſufficere poſſit ad Trebellianicam abſorbēdam, vt qui in vno grauatur, quemadmodum eſt in pragmaticorum brocardico, in alio releuetur. Et ſanè quod Zeno voluit meliorem eſſe hac parte cōditionem liberorum primi gradus, quàm cæterorum deſcendētium, ideò factum eſt, quia cæterorum deſcendentium non meliorem eſſe conditionem voluit, quàm extraneorum. Permiſſa igitur deſcendentibus liberis ſequentium graduum duplicis quartæ detractione non ſecus ac liberis primi gradus, nihil fit contra Zenonis mentem ſi liberos primi gradus, perinde ac cæteros deſcendentes ad ius commune reuocemus, quod attinet ad perceptos fructus in Trebellianicam imputādos. Sufficit enim vt etiam hodie melioris conditionis ſint, quàm extranei heredes fiduciarij, quibus vtique duplicis quartæ detrahendæ ius denegatur. In eo tantùm Zenonis conſtitutioni hoc reſpectu derogatum eſt quòd melior facta fuit conditio inferioris gradus deſcendentium, quàm extraneorum, quæ tamen ex Zenonis lege & mente, par & æqualis eſſe deberet.

ERROR SEXTVS.

De alio liberorum primi gradus priuilegio vt Trebellianica deducendæ prohibitionem pati non cogantur.

SVMMARIA.

1 *Lege Zenonis vulgò credi inductum aliud liberorum primi gradus priuilegium, vt prohiberi non poſſint ne ex fideicommiſſo reſtituendæ hereditatis Trebellianicam deducant.*

2 *Nullum tale priuilegium lege Zenonis inductum eſſe, aduerſus pragmaticos. & nu. 6. 9.*

3 *Ex eo quod Iuſtinianus Nou. 1. Falcidiæ prohibitionem permiſit, perperam inferri à pragmaticis licitam quoque eſſe Trebellianicæ prohibitionem.*

4 *Falcidia quæ ex legatis deducitur, & ea quæ ex vniuerſali fideicommiſſo hereditatis reſtituendæ retinetur eodem in omnibus iure non cenſentur.*

17 *Prohibitionem Falcidiæ effectu multùm differre à prohibitione Trebellianicæ.*

6 *Quæ fuerit ratio dandi priuilegij liberis primi gradus de fructibus non imputandis in Trebellianicam.*

8 *Pater non poteſt facere vt liberis primi gradus legitima non debeatur.*

10 *Prudentibus inaudita fuit mentio duplicis quartæ detrahendæ.*

11 *Portio quæ filio pro legitima, & heredi pro Trebellianica olim debebatur, erat quarta pars hereditatis.*

12 *Concurrente in eandem perſonam duplicī iure, vno communi, alio ſpeciali, præualet cauſſa iuris communis.*

13 *In quo fauere voluerit Zeno liberis primi gradus.* 14 *Dueiquam ſuperioris diſputationis.*

15 *Obiectio, & eius dilutio.*

ALIVD liberorum primi gradus priuilegium eſſe creditur, eadem 1
Zenonis lege inductum, vt prohiberi non poſſint, ne ex fideicommiſſo reſtituendæ hereditatis Trebellianicam deducant. Etſi enim hoc ipſum expreſſim Zenonis lege non continetur, cùm tamen noluerit Zeno cogi liberos primi gradus, vt fructus à ſe medio tempore perceptos im-

putent in Trebellianicam,licèt hoc teſtator ro gauerit vel iuſſerit,multò magis credendus eſt noluiſſe vt ius habeat teſtato r prohibendi deductionẽ Trebellianicæ:quæ prohibitio eſſet iis longè damnoſior. Eſt enim multò grauius nullam quàm ex fructibus conficiendam Trebellianicam deducere poſ-
2 ſe.Sed non fuit † cur Zeno id exprimeret, quoniam iis temporibus Trebellianicæ deductio prohiberi non magis poterat, quàm Falcidiæ, nec extraneo quidem heredi,quia iure publico vtraque debebatur *l.quod bonis* 25.§.1. D.*ad leg.falc.* Proinde non poterat priuilegium ita concipi vt liberi primi gradus prohibitionem trebellianicæ pati non cogerentur. Sed cùm ita ius commune eſſet vt ea deductio per fructuum imputationem excluderetur, ſi tantum ex fructibus perceptum foret quantum ſufficere poſſet ad quartam & quartæ fructus,noluit Zeno liberos primi gradus eo iure vti, nec ſi teſtator idipſum expeſſim præcepiſſet.At quoniam nouella Iuſtiniani *conſtitutione* 1. *de hered.*
3 *& falcid.cap.*2.hactenus iuri veteri † derogatum eſt,vt hodie prohiberi falcidia poſſit tracto paullatim eo iure ad trebellianicam,licèt Iuſtinianus nihil de trebellianica dixerit, cœptum eſt induci ex priuilegio quod anteà poſitũ erat in iure communi,vt in liberis primi gradus ea prohibitio vires habere nunquam poſſet. In quo vereor ne priuilegium hoc ab interpretibus & pragmaticis,potiùs quàm à Zenone aut à Iuſtiniano datum videatur. Primùm,quia ſi ſummo iure agatur, non puto quod de falcidia prohibita conſtitutum eſt, ad trebellianicam produci debere. Etſi enim vtraque iure publico debetur,falcidiæ tamen deducẽdæ prohibitio in eo minùs odioſa eſt, cũ ab eo facta fuit, qui non errans in modo ſubſtantiæ ſuæ æſtimando,ſed expreſſa deſignatione iuſſit legata in ſolidum præſtari (hoc enim Iuſtiniani lex omnino requirit) quod credibile eſt teſtatorem compertum habuiſſe poſſe, id fieri ſine damno heredis, nec ſine lucro heredi futuram hereditatem. Sic enim Iuſtinianus ſcribit *& non videri ſine lucro eſſe huiuſmodi hereditatem* (quanquam de eo lucro loqui videtur quod heres ſentiat non tam in percipiendo, quàm in piè agendo,vt præcedentia demonſtrant.) At prohibitio trebellianicæ directè fit contra autoritatem Senatuſconſulti,quantacumque ſit hereditas, & quantumcunque teſtator patrimonij ſui modum ſciuiſſe proponatur, quoniam qui prohibet trebellianicam id agit vt nullum commodum ex hereditate penes heredem remanere poſſit, idque omnino aſſequitur ſiue patrimonij ſui modum ſciuerit ſiue ignorauerit, quia nullo caſu fieri poteſt vt admiſſa prohibitione quadrantem ſaluum heres habeat, quem tamen ſaluum habere interdum poteſt etiam is qui falcidiam ex legatis deducere prohibitus eſt, aut certè portionem aliquam hereditatis licèt minorem quadrante. Quid enim ſi legata non excedant dodrantem? aut excedant quidem, ſed modica quantitate? Satisfieri poterit voluntati teſtatoris præſtatione legatorum in ſolidum, nec eo minùs tamen heres quadrantem ſuum, aut ſextantem, aut quam aliam portionem habebit, cuius ſpe & commodo allectus non recuſet delatam ſibi adire hereditatem, quod vnum legis falcidiæ propoſitum fuit, quamuis eadem lex quadrantem in eam rem omnimodo relinqui voluerit. Taceo quod lex correctoria non facilè vltra fines ſuos eſt extendenda, alia verò eſt falcidia † quæ ex legatis deducitur, alia quæ ex vniuerſali fideicommiſſo hereditatis reſtituendæ retinetur: licèt vtramque falcidiam dicere ſoleant Iureconſulti, quoniam hæc poſt illam & ad illius exemplum inducta eſt; Cæterùm non eodem in omnibus iure vtramque cenſeri apparet tis ex

l.in ..

in quartam 91. D. *ad leg. falcid.* & ex iis quæ de tota eius legis ſententia diximus *lib.6. Conieƈt.* Et quamuis eadem vtriuſque ratio eſſet, non tamen idẽ ius in vtraque conſtitutum videri poſſet permiſſa vtiuſque prohibitione, quia
prohibitio † falcidiæ cõceſſa facit quidem vt fieri poſſit ne quicquam ex he- 5
reditate cõmodi heres retineat ſi fortè hereditas non tantùm onerata ſit legatis ſed etiam exhauſta: ſed non facit vt nullo caſu nullum lucrum ex hereditate ſperare poſſit, ſi, vt diximus, ex euentu appareat hereditatem, neque exhauſtam legatis fuiſſe, neque oneratam: aut oneratam quidem fuiſſe, ſed non tamen exhauſtam. At ſi trebellionicæ detrahendę prohibitio permitteretur, non ſolùm à commodo omni hereditario, ſed etiam ab omnis commodi ſpe omni caſu heres arceretur, quam tamen ſpem ei ſaluam eſſe publicè vtile eſt vel ob hoc ipſum vt ad hereditatem adeundam inuitetur. Etſi enim eadem Iuſtiniani conſtitutione, quæ teſtatori ius dedit falcidiæ prohibendæ, inductum etiam eſt vt recuſante herede adire hereditatem poſſit fideicommiſſarius vltrò adire (quæ res non tantùm Pegaſiani, ſed etiam Trebelliani ſenatuſconſulti autoritatẽ magna ex parte ſuſtulit) tamẽ volente herede nec recuſante adire nihil à Iuſtiniano innouatum eſt, vt docuimus *lib.5. Conieƈt.* Proinde illud ex iure vtere adhuc ſupereſt vt æquiſſimũ ſit heredem qui paratus ſit voluntatem defuncti agnoſcere, & ei parere, aliquo præmio aut ſaltem prę mij ſpe aliqua inuitari ad adeundum, aut, vt rectiùs dicam, non vſque adeò iniurioſè haberi, vt nullum ex hereditate adita commodum ſperare vnquam poſſit. Quòd ſi quis malit cum interpretibus & pragmaticis ſic ſentire vt eadem Iuſtiniani conſtitutione non minùs quartæ trebellianicæ quàm falcidiæ detrahendæ prohibitio permiſſa intelligatur, eueniet vt iam nihil ſit ex quo poſſit induci priuilegium liberorum primi gradus ne prohi-
bitionem eiuſmodi pati cogantur. Iã enim diximus † Zenonis conſtitutionẽ 6
nihil de eo cauiſſe, ſed tãtùm de fructibus hereditatis in trebellianicam non imputandis, propterea quod iis temporibus heredem omnium quantumlibet extraneorũ cõmune ius illud erat vt trebellianicę detrahendę ius per teſtatorẽ iis eripi non poſſet. Quo immutato, & permiſſa hodie trebellianicæ prohibitione, non poteſt iam ex ea lege argumentũ ſumi quaſi noluerit Zeno liberos primi gradus eiuſmodi prohibitione arctari, quos nec voluit cogi poſſe vt fructus ex teſtantis iudicio perceptos in trebellianicã imputẽt. Quî enim fieri poſſit vt videatur cogitaſſe de priuilegio concedendo in ea re quę tũ iure cõmuni nitebatur? Credibile potius eſt Zenonẽ, ſi eo tẽpore liberorũ primi gradus priuilegium illud fuiſſet vt trebellianicę prohibitionẽ pati non cogerentur, non aliud quoque priuilegiũ iis conceſſurum fuiſſe de fructibus in Trebellianicã non imputandis. Tritũ.n. ſcitéq; dictũ eſt, non eſſe multiplicanda priuilegia vt à iure cõmuni quàm minimum fieri poteſt, recedatur.
Dandi.n. liberis † primi gradus priuilegij quod ad fructus nõ imputãdos at- 7
tinet, ratio alia non fuit quàm vti ne in omnibus pari cũ cæteris remotioribus iure cenſerentur. Quæ ratio ceſſat alio priuilegio inducto quod multò maioris momenti eſt, vt trebellianicã habere debeant etiam inuito teſtatore quàm alij remotiores nõ haberẽt. Cũ igitur ex Zenonis conſtitutione priuilegiũ hoc induci nequeat, cõſequens eſt vt vel ex Iuſtiniani nouella lege colligatur, vel prorſus nullũ ſit. Atqui lex illa quę falcidiæ prohibendę ius teſtatori dedit, generalis eſt, nec excipit liberos primi gradus. Nullũ ergo ipſorũ
hac parte priuilegiũ eſt. Fateor patrẽ facere † nõ poſſe vt liberis primi gradus 8

Digitized by Google

legitima non debeatur,eóſq; iuſtã querelę cauſſam habere ſi non eã portionẽ
eiuſq; fructus ex hereditate aut ex rerũ hereditariarũ fructibus cõſequantur,
tũ etiã cũ fuerunt inſtituti ſi de reſtituenda hereditate rogati ſint *l.Papinia-
nus 8.§.vnde ſi quis.D.de inoff.teſt.* Sed nos de trebellianica loquimur, non
de legitima, ex eóq; magis apparet quod volumus, Zenonem in *d.l.iubemus*
9 non potuiſſe † cogitare de indulgẽdo liberis primi gradus priuilegio illo vt
Trebellianicę detractio ipſis prohiberi non poſſet,ſiquidẽ eo tẽpore iã illud
obtinebat, non ſolũ in liberis primi gradus,ſed etiã in inferiorũ graduũ de-
ſcendẽtibus,ſi modò primũ locũ in familia tenerẽt parẽtibus pręmortuis aut
emancipatis, vt inuito etiã parẽte legitimã integrã eiuſq; fructus habere de-
berent. Nec proinde locus ſupererat quęſtioni de trebellianica an prohiberi
10 poſſet,cũ inaudita † eſſet prudentibus mẽtio duplicis quartæ detrahendæ, vt
cõſtat ex *d.§.vnde ſi quis,*& *l.quamquã 10.C.ad leg.falcid.* aliiſque innumeris
11 iuris locis:at quoniã eadẽ portio † erat quæ filio pro legitima & heredi pro
trebellianica debebatur,id eſt,quarta pars hereditatis, nec in eã minus quàm
in hanc fructus medio tẽpore percepti imputabãtur *d.§.vnde ſi quis,& l.mu-
lier 22.§.ſi heres,& §. cũ proponeretur.*D.*ad S.C.Trebell.* nihil intererat an le-
gitima an trebellianica diceretur, maiórq; ratio erat vt trebellianica dicere-
tur,quia cõmuni heredũ omniũ iure nõ liberorũ proprio percipiebatur.Cer-
12 tũ aũt eſt,cõcurrente†in eadẽ perſonã duplici iure,vno cõmuni,alio ſpeciali
pręualere cauſã iuris cõmunis vel hoc ipſo quod fauorabilior eſſe exiſtima-
13 tur. In eo igitur ſolũ fauere † liberis primi gradus voluit Zeno & potuit,vt
fructus in trebellianicã nõ imputarẽt, nõ etiã in eo vt quartæ detrahẽdæ vel
inuito patre ius haberẽt,quippe quod iã habebãt ex duplici capite,& tãquam
heredes propter autoritatẽ S.C.Trebelliani, & tãquã liberi ſiue primigradus
eſſent,ſiue inferioris,pro legitima portione, quã liberis relinqui à parẽtibus
neceſſe eſt. Non.n.poterat facere teſtator quin leges in ſuo teſtamento locũ
14 haberẽt *l.non poteſt 55.de leg.1.* Quibus cõſequens†videtur vt poſtquàm cœ-
ptũ eſt induci nouo errore magis ꝙ iure,ius illud duplicis falcidiæ deducen-
dæ nõ tantũ in liberis primi gradus,ſed in cæteris quoq; deſcendẽtibus om-
nibus inſtitutis & grauatis,non modò ceſſet ratio inducẽdi priuilegij de fru-
ctibus nõ imputãdis,vt proximo capite diſputabamus, ſed etiã illius quod no
ſtri interpretes & pragmatici iiſdẽ liberis primi gradus datũ volunt,vt falci-
diã trebellianicã deducere prohiberi nõ poſſint,quoniã iis plus quã ſatis cõ-
ſultũ videri debet ex eo quòd legitimã integrã habẽt,eámq; Iuſtiniani cõſti-
tutione auctã,cõmutato quadrãte in trientẽ,& prætereã triẽtis fructus , licèt
iis trebellianicã quoq; deducere denegetur propter partis prohibitionẽ.Ne-
que.n.neceſſe,neq; æquũ eſt tot priuilegiis ornari liberos primi gradus,non
ſolùm contra iuris cõmunis rationẽ,ſed etiã cõtra volũtatẽ patris qui totam
ſuam hereditatem,quantum in ſe fuit, fideicommiſſario reſtitui voluit , ſiue
extraneus fideicommiſſarius ſit , ſiue aliquis ex ipſius grauati deſcenden-
tibus. Qui enim ſic diſtinguunt , apertè ineptiunt , cùm Zenonis conſti-
tutio , qua mouentur vt Trebellianicam prohiberi non poſſe putent , eum
quoque caſum complectatur quo filius à patre vel matre inſtitutus roga-
tus ſit nepotibus vel pronepotibus & cæteris deinceps reſtituere heredita-
15 tem. Obiicies † fortaſſe iura illa omnia quæ diximus duplicis falcidiæ de-
ducendę,& amplior is legitimę cum fructibus conſequendæ,non eſſe propria
liberorum primi gradus, ſed communia liberorum omnium in quocumque

gradu

gradu conſtitutorum, ideóque nullum priuilegium fore liberorum primi gradus, ſi non hoc etiam admittamus vt Trebellianicæ detractio iis prohiberi non poſſit. Sed nos huic obiectioni iam ſatisfecimus ad finem capitis ſuperioris, cùm diximus non fuiſſe Zenonis propoſitum vt meliorem faceret conditionem liberorum primi gradus quàm remotiorum, niſi quatenus remotiorum idem ius eſſet quod extraneorum, ac proinde aucto cæterorum quoque remotiorum iure, datóque iis priuilegio quod extranei heredes non habeant, nihilomagis conſequens fieri vt illorum etiam qui in primo gradu conſtituti ſunt ius augeri debeat, ne alioqui priuilegia augeantur & multiplicentur, non ſolùm contra ius commune, ſed etiam præter legiſlatoris voluntatem. Sed etſi pro explorato eſſet liberos primi gradus priuilegio aliquo donandos eſſe, quod non puto, an non ſatis magnum priuilegium illud eſſet quod interpretes & pragmatici iis conſeruatum volunt, etiam poſt permiſſam duplicis falcidiæ detractionem, vt non magis cogantur fructus à ſe perceptos in legitimam imputare, quàm ſi Trebellianicæ duntaxat deducendæ, vt Zenonis temporibus ius haberent? Cur illud etiam addemus vt Trebellianicam habere debeant inuito patre? Præſertim cùm legitimam, in qua lædi non poſſunt, nec in eius fructibus, habeant auctiorem, & pro quadrante trientem. Supereſt igitur vt quod interpretibus & pragmaticis placet, Trebellianicæ deductionem, liberis primi gradus ex priuilegio prohiberi non poſſe, cæteris, ſiue liberis, ſiue extraneis heredibus iure communi poſſe, fateamur eſſe vtrunque non modò ſine lege, ſed etiam ſine ratione.

ERROR SEPTIMVS.

De duplicis falcidiæ detractione.

SVMMARIA.

1 Erronea pragmaticorum & interpretum ſententia de duplicis falcidiæ detractione cùm liberi inſtituti & de hereditate reſtituenda rogati ſunt, ab aliis iam exploſa.

2 Poteſt ex eodem teſtamento & falcidia ex legatis detrahi, & Trebellianica ex fideicommiſſo vniuerſali, ita tamen vt ex duplici illa detractione vna tantùm quarta fiat.

3 Caſus quo in detractione non legis falcidiæ ſed alterius legis facienda eſt ratio.

4 Filio grauato legatis aut de reſtituenda hereditate rogato, in detractione legis Iuſtinianeæ de legitima ratio facienda eſt, non l. falcidiæ aut SCti Trebelliani.

5 Pontificio non magis quàm iure ciuili duplicem falcidiæ detractionem probari.

6 Iure conſtitutum dici nequit quod tanquam pro iure iam certo & conſtituto per errorem vſurpatum eſt.

7 Conceſſa duplici detractione, ineptum tamen eſſe eo demum caſu eam admittere cum pragmaticis quo filius in diem aut ſub conditione grauatus eſt, non quo purè.

8 Ratio diſtinctionis pragmaticorum, & eius refutatio.

9 Cùm filius in diem vel ſub conditione rogatus fuit, legitimæ & Trebellianicæ deducendæ ius eodem inſtanti incipit.

10 Filius ex aſſe inſtitutus qui metu æris alieni hereditatem omittere vult retentâ legitimâ non eſt audiendus & cur.

11 Legitima aduerſus alium peti non poteſt, quàm aduerſus heredem, & adita demum hereditate, & quidem ex teſtamento.

12 Ratio l. Papinianus. 8. §. vnde ſi quis. D. de inoff. teſt.

13 Qui quartam olim habebat quocunque iure alio portio legitima nulla debebatur.

14 Declaratur §. ſi quis impubes. d. l. Papinianus. de inoff. teſt.

15 An poſtquam quadrans legitimarius in trientem commutatus eſt, debita portioni filii

inſtituti & grauati poſsit ſufficere quadrans Trebellianicus.

16 *Rationes pro negatiua.*

17 *Sententia autoris.*

18 *Quo remedio poſsit conſequi filius in caſu propoſito, vt fraus legitimæ non fiat.*

19 *Legitimam non deberi filio fideicommiſſo grauato à die mortis teſtatoris contra pragmaticos.*

20 *Fideicommiſſo vniuerſali in diem aut ſub conditione relicto, non priùs debetur legitima quàm Trebellianica.*

Cùm purum eſt fideicommiſſum neutra ſtatim debetur, ſed tum demum cùm reſtitutio fit reliquæ hereditatis.

22 *Varij caſus quibus Trebellianica nulla debetur.*

23 *Ratio propter quam interpretes cùm fideicommiſſum eſt purum, vtriuſque falcidiæ detractionem negant, aduerſus ipſos retorquetur.*

24 *Quàm diuerſo iure debeantur filio legitima & Trebellianica.*

25 *Siue purum, ſiue in diem aut conditionale ſit fideicommiſſum, neque legitima, neque Trebellianica purè debetur, contra pragmaticos.*

26 *Filio heredi ex aſſe ſcripto nulla legitima debetur, itaque legitima debitum, non præcedit Trebellianica debitum, contra eoſd.*

27 *In caſu proximè propoſito ſola debetur Trebellianica.*

NON id agemus hoc capite vt inueteratum illum pra-
gmaticorum & interpretum errorem refellamus,
1 quo inductum eſt † vt liberi à parentibus heredes
relicti & de reſtituenda in diem vel ſub conditione
hereditate rogati, duplicem falcidiam deducant,
vnam pro legitima quæ hodie pro numero libe-
berorum triens eſt vel ſemis portionis ab inteſtato
contingentis, alteram pro Trebellianica. Iam e-
nim à tot tantiſque viris confutata pridem & exploſa eſt illa opinio, vt in eo
longiorem operam ponere ſuperuacuum eſſe videatur. Innumeri ſunt iu-
ris ciuilis loci in quibus videas tractari de filio inſtituto ac de reſtituenda
hereditate rogato, nec tamen niſi vnius falcidiæ fieri mentionem, vt in
leg. Papinianus 8. §. unde ſi quis. & §. meminiſſe. & §. ſi quis impubes ***D. de***
inoffic. teſtament. coheredi 41. §. cum filia. D. de vulgar. & pupill. ſubſtitution. l.
quamquam 10. *Cod. ad leg. falcid. l. iubemus 6. Cod. ad* S.C. *Trebellian.* Sed qui
de duplici contra detrahenda loquatur locus nullus eſt, ne vnus quidem.
2 Scio poſſe fieri vt ex † eodem teſtamento & falcidia ex legatis & trebel-
lianica ſimul ex fideicommiſſo vniuerſali detrahatur, vt in ***l. 2. & 3. D. ad S.***
C. ***Trebell.*** Sed id tamen ita fit vt vna tantùm quarta ex de duplici illa de-
tractione conficiatur, vt Vlpianus docet in ***l. 1. §. pen. eod.*** Scio etiam interdum
accidere vt non † legis falcidiæ, ſed alterius legis ratio facienda ſit, vt puta
3 ſi patronus ex aſſe heres inſtitutus fuerit, & purè quincunx legatus ſit, & ſub
conditione aliquid ſupra debitam patrono partem, quo caſu ratio facien-
cienda eſt legis Papiæ quæ patronos vocat, non legis falcidiæ *l. 1.* ***§. penult. D.***
ſi cui plus quàm per leg. falcid. Sed cùm id euenit, lex falcidia ceſſat, neque cum
alia lege concurrit ad augendam detractionem, qui ſenſus eſt ***d. §. penul.*** Ea-
dem ergo ratione cùm auctâ legitimâ, non etiam falcidia legatorum aut
Trebellianica, interſit filij legitimam habere potiùs quàm falcidiam aut tre-
bellianicam, nec in legitima grauari vllomodo poſsit poſt Iuſtiniani conſti-
tutionem in ***l. quoniam in prioribus 32.*** C. ***de inoff. teſtam.*** neque legitimam
cogatur, hodie ſibi conficere ex fructibus, ſed ex ipſa ſubſtantia patris, vt
idem Iuſtinianus conſtituit in ***leg. ſcimus 36. §. repletionem. eod.*** non eſt dubi-
tandum quin filio † grauato legatis aut de reſtituenda hereditate rogato, le-
4 gis Iuſtinianeæ ratio facienda ſit, non vt olim legis falcidiæ aut ſenatuſcon-
ſulti

Digitized by Google

ſulti trebelliani,id eſt, quia ſit detrahenda legitima ex Iuſtiniani conſtitutionibus,ſed ita tamen vt neque legis falcidiæ,neque ſenatuſconſulti trebelliani ad ampliorem deductionem faciendam ratio vlla habeatur. Cùm tamen inter iuris ciuilis interpretes de hoc ipſo contenderetur an filius grauatus duplicem quartam detrahere poſſet an vnicam duntaxat, & nobilioribus licèt repugnantibus,vt copia ſemper eſt ineptiorum, inualuiſſet eorum error qui duplicis quartæ detractionem admittebant, factum eſt, vt ea ſententia tandem obtinuerit quaſi iure pontificio confirmata *in cap. Raynutius & cap. Raynaldus. Extr. de teſtam.* quibus locis † ita ſanè reſcriptum eſt, ſed 5
tamen iis verbis, vt facilè appareat ſacroſanctos Pontifices non noui iuris conſtituendi & ciuilis abrogandi gratia ſic reſcripſiſſe, ſed quòd ex receptiore interpretum ſententia putarent eam eſſe iuris ciuilis conſtitutionem vt filius grauatus duas quartas detrahere deberet, nec dubitarent quin ſalua iuris ciuilis autoritate ita reſcribi oporteret. Ex quo intelligimus non magis pontificio quàm ciuili iure duplicem iſtam detractionem probari, quod ego multis mirantibus cùm aliquando in Taurinenſi Academia publicè de iure reſponderem non inſubtiliter iam olim defendebam, eruditiſſimo & acutiſſimo præceptore meo D. *Ioanne Antonio Manutio*, quem honoris cauſſa nomino, feliciter adiuuante. Neque enim iure † conſtitutum dici poteſt quod tanquam pro iure iam certo & 6
conſtituto per errorem vſurpatum eſt. Quid enim tam contrarium iuri quàm error? Quid rurſum tam alienum à voluntate noui iuris conſtituendi, quàm ſi ius illud iam conſtitutum & exploratum exiſtimetur? Cùm ergo tota re meliùs diſcuſſa iam conſtet quàm diſcrepet ea duplicis falcidiæ detractio à iure ciuili, non eſſet cur ob eas conſtitutiones pontificias tam abſurdam ſententiam ſequi deberemus ſi plus apud nos iuris ratio,quàm erroris inueterati autoritas valeret.Sed ita eſto vt pragmatici volunt,& duplicem iſtam detractionem admittamus. Quid, † rogo, ſtultius dici poteſt quàm quod illi ipſi vno ore clamitant eo demum caſu filium gra- 7
uatum duplicem portionem deducere,quo in diē aut ſub conditione ſit grauatus,non etiam ſi purè?An non enim fauorabilior eſt filius qui purè, quàm qui in diem aut ſub conditione hereditatem reſtituere iuſſus eſt? Is ſiquidem nullum aliud ex hereditate reſtituenda cōmodum ſentit quàm quod ex deductione ſperare poteſt,cùm tamen is qui in diem aut ſub conditione hereditatem reſtituere rogatus eſt, medij temporis fructus lucretur, ſecundùm eam ſententiam quam in ſuperioribus refutauimus, quæ habet liberos primi gradus non cogi eos fructus quos perceperint,in Trebellianicam imputare. Multò minùs enim quis dixerit cogi eos debere vt ſuperfluos fructus reſtituant,qui nec ab aliis extraneis heredibus reſtituuntur, ſi non ſpecialiter in fideicommiſſum ſint deducti *l. in fideicommiſſaria* 18. *D. ad* S.C. *Trebell.* Ergo vel dicēdum erat filium grauatum nullo caſu duplicem portionem detrahere,vel ſi quo caſu ea duplex detractio permittenda fuit, illo potiùs permitti debuerat quo filius purè,quàm quo in diem vel ſub conditione rogatus proponeretur. Non ignoro † interpretes & pragmaticos noſtros eam diſtinctio- 8
nis ſuæ rationem adſerre,quod cùm filius purè grauatus eſt,non poteſt dici vtram portionem priùs deducere debeat, legitimámne an Trebellianicam, quia ſimul vtraque defertur,& conſequenter altera alteram præcedit, quod non ſimiliter contingit cùm fideicommiſſum in diem, aut ſub conditione

relictum eſt, ſiquidem eo caſu legitima pure debetur, Trebellanica verò
non priùs quàm fideicommiſſum deberi incipiat, id eſt, quàm dies vel condi-
tio venerit. Sed vſuuenire hic video quod ſæpe aliàs, vt quò ſubtiliores pra-
9 gmatici videri volunt, eò ſe præbeant ineptiores. Nã & cùm filiùs †in diẽ vel
ſub conditione rogatus fuit, non eo minùs verum eſt legitimam & trebel-
lianicam ſimul deferri & vtriuſque deducendæ ius eodem inſtanti incipere.
Quandiu enim fideicommiſſi dies aut conditio non venit, nulla legitima de-
betur filio qui in tota hereditate inſtitutus reperitur. Adeò vt interpretes fa-
10 teantur, quod & verum eſt, filium †ex aſſe inſtitutum, licèt rogatus nõ ſit, he-
reditatem reſtituere, ſi tamen metu æris alieni hereditatem omittere velit, ſo-
la legitima retenta audiendum non eſſe, quia fieri nequit vt legitima debea-
tur ei qui ex toto aſſe heres eſt, totámque obtinet hereditatem: neque verò
11 eſt contrà quem agat, cùm legitima †aduerſus alium peti non poſſit, ſiue per
querelam inofficioſi teſtamenti, ſiue per condictionem ex lege Iuſtiniani ad
ſupplementum, quàm contra heredem, ideóque dicebatur olim querela dari
non contra lignum, vt bonorum poſſeſſio contra tabulas *l. quod vulgo* 19. *D.
de bonor. poſſ. contr. tab.* ſed contra heredem, & adita demũ hereditate *d. l. Pa-
pinianus* 8. *§. ſi condicioni de inoff. teſtam.* & quidem ex teſtamento. Nã cùm per
querelam reſcinderetur teſtamentum, nec alius querelam vtiliter proponere
poſſet quàm qui ab inteſtato fuerat ſucceſſurus *l. 6. §. ſi quis ex his perſonis. ff.
de inoff. teſtam.* fieri non poterat vt contra eum daretur qui ab inteſtato heres
eſſet: ſicut & hodie condictio ex Iuſtiniani lege ad ſupplementum, quia ex te-
ſtamento ipſo dari intelligitur, & ei qui ab inteſtato ſucceſſurus eſſet, non ni-
ſi contra heredem teſtamentariũ dari poteſt. Eáque, ni fallor, etſi propiùs in-
12 tueare, vera ratio †eſt propter quam in *d. l. Papinianus §. vnde ſi quis.* Vlpianus
tractans de filio inſtituto, non quidem ex aſſe, ſed quod hac parte idem eſt, ex
ſemiſſe & hereditatem reſtituere rogato poſt certum tempus, negat poſſe eũ
iudicium vllum mouere, cùm inquit, debitam portionem & eius fructus ex
ipſis fructibus hereditatis habere poſſit, ſubijcit autem, *Fructus enim ſolere in
falcidiam imputari, nõ eſt incognitum*, vt intelligamus quartam illam portionẽ
quam filius habere debet cum fructibus, eſſe falcidiam, id eſt, eam quæ Sena-
tuſconſulti trebelliani autoritate retinetur ex fideicommiſſo vniuerſali, quo-
modò apertius in eadem ſpecie Zeno loquitur in *d. l. iubemus* 6. *C. ad S. Tre-
bell.* non autem legitimæ portionis iure, licèt dicatur etiã debita portio, quia
13 ei qui quartã habebat †olim quocunque iure alia portio legitima nulla debe-
14 batur, vt conſtat clariùs ex eodem Vlp. in *§. ſi quis impubes eiuſd. leg.* vbi †ait, ſi
quis impubes adrogatus ſit ex his perſonis quæ & citra adoptionem queri
de inofficioſo teſtamento poſſunt, repellendum eum eſſe à querela, cum ha-
bèat quartam, inquit, ex conſtitutione Diui Pij, & tamen habet eam tanquã
æs alienum nõ tanquam legitimam iure communi liberis à parentibus om-
nibus debitam, vt ex eo apparet quod ibidẽ Vlpianus ſubijcit, ſi impubes ille
nihilominus querelam propoſuerit & ſuccũbuerit non eſſe ei tanquam indi-
gno auferendam qaartam illã quam habet æris alieni loco, quæ tamen pro-
culdubio eſſet auferenda ſi eam à teſtatore vt legitimã habere intelligeretur
15 *d. §. meminiſſe.* In quo certè non inelegans ſuboritur dubitatio, †quid ergo di-
cendum hodie ſit aucto quadrante legitimatio & in trientem cõmutato. Ne-
16 que enim ſicut olim, ſufficere †poteſt debitæ portioni quadrans ille trebellia-
nicus qui ſemper quadrans manet: & eo minùs quod in confeſſo eſt extra li-
beros

Digitized by Google

beros primi gradus heredē quēlibet cogi in eum quadrantē imputare fructus
omnes à ſe ex iudicio teſtatoris perceptos, qui tamen in trientem legitimariū
ex Iuſtiniani cōſtitutione in *d.l.ſcimus 36.§.repletionem*,non imputantur.Pręſupponimus autē ex noſtra magis quàm ex interpretū & pragmaticorū ſen-
tentia non niſi vnius portionis , ne dicam quartæ detractionem filio grauato
permittendā eſſe. Alioqui non poſſet locus eſſe propoſitæ quæſtioni. Dubita-
tionē verò illud facit quòd ſi filio heredi ex aſſe inſtituto & de tota heredita-
te reſtituenda rogato,nihil des niſi quadrantem Trebelliarū, eiúſque fructus,
ſiue ex fructibus duntaxat rerum hereditariarum , ſiue ex ipſis rebus heredita-
riis confectum, videbitur ille iuſtā querelæ cauſſam habiturus cùm pro legiti-
ma non modò quadrantē habere debeat ,ſed etiam trientē & trientis fructus.
Idque à contrario ſenſu conſequens videtur ei quod Vlpianus ſcribit in *d. §.
vnde ſi quis*, & *in d.§.ſi quis impubes* non habere filium quod queratur ſi por-
tionem ſibi debitam habeat , ſiue beneficio legis falcidiæ aut ſenatuſconſulti
trebelliani, ſiue ex conſtitutione Diui Pij. Neque.n.habet trientem is cui ne-
que lex Falcidia , neque S.C. Trebellianum, neque conſtitutio Diui Pij quic-
quā dat præter quadrantē. Rurſus cùm de fideicommiſſi reſtitutione tractari
nequeat niſi poſt aditam hereditatem , difficile eſt dicere vt qui hereditatem
adeundo agnouit iudicium defuncti , totamque hereditatem conſecutus eſt
querelam habere debeat ſi diſputes ex iuris veteris ratione , aut, ſi ex iure no-
uo,actionem ad ſupplementum. Contra quē enim ageret, an contra ſeipſum?
An potiùs contra fideicommiſſarium reſtituta demum hereditate ? Atqui v-
trūque per abſurdum eſt. Vnde & Vlpianus in *d.§.vnde ſi quis*, tractat de fi-
lio ex ſemiſſe inſtituto , qui, ſi fraus legitimæ portioni facta eſſet querelā ad-
uerſus coheredē exercere poſſet, quia in filio qui ex aſſe ſcriptus coheredē nō
haberet , nullus dubitationi locus relinqueretur , nullo exiſtente qui aduerſa-
rij partes gerere poſſet. Ego puto rationē iuris omnino facere vt filius hîc de
quo tractamus , qui ex toto aſſe inſtitutus eſt, totamque hereditatē reſtituere 17
rogatus,nullā habere poſſit legitimæ portionis aut ſupplementi petitionem,
neque audiendum eſſe ſi hereditatem repudiare velit vt legitimā ſaluam con-
ſequatur, neque ſi hereditatē adierit & iudiciū patris agnouerit , habere am-
plius quod conqueratur , quia ſemel adita defuncti hereditate omnis ipſius
voluntas rata conſtituitur *l. ſi patroni* 51. *§. qui fideicommiſſam* D. *ad* S.C.*Treb.*
Quid ergo?Cogendus erit contentus eſſe quadrante Trebelliano eiúſque fru-
ctibus , conficiendo tamen non ex rerū hereditariarū fructibus , ſed ex rebus
ipſis hereditariis propter Zenonis conſtitutionē in *d.l.iubemus* 6.C.*eo.* quan-
doquidem hîc de filio primi gradus diſputamus , non de remotioribus in qui
bus vtique aliud eſſet. Verùm quoniam hîc iniquitas illa occurrit, quod ita e-
uenit vt legitimæ portioni fraus fiat non ſolū contra iuris rationē , ſed etiam
contra expreſſiſſimas Iuſtiniani conſtitutiones,puto remedij loco poſſe indu-
ci cautionem illā quam Papinianus adhibet in ſpecie *l. cum propter 77.§.ſi Ti-* 18
tio antepen.de leg.2. vt nimirū filius hic repudiet patris hereditatē teſtamētariā
& adeat ab inteſtato. Nec.n. videbitur dolo malo feciſſe cùm fraudē excluſe-
rit,arg.*d.l.Papinianus.§.quarta autē.*D.*de inof.teſt.*Quòd ſi fideicōmiſſarius co
gere eū volet ex ſenatuſconſulto vt adeat (Iuſtiniani.n. conſtitutio *nouell.1.de
hered.& falcid.* quæ recuſante herede poteſtatē facit fideicōmiſſario adeundæ
hereditatis, ad eū duntaxat caſum pertinet quo heres abſolutè recuſat adire,

Digitized by Google

non quo velit adire ab inteſtato) puto priùs cõpellendum cùm adire quàm ſit ei cautum de indemnitate, vt & aliàs euenit quoties aditio illa coacta damnum & incommodum heredi eſſet allatura, *l. ſed ſciendum 7. l. apud Iulianũ 11. l. ita tamẽ 27. §. ſi preceptis. ver. ſed ſi eidem. l. debitor. 59. verſ. re autem integra. ff. ad S.C. Trebell.* Nam ſicut explendæ fidei gratia cogitur heres adire hereditatem, ita ob hoc ipſum damno affici non debet, vt ſcriptum eſt in *d. verſ. ſed ſi eidem.* Ita fiet vt indemnis ſeruetur heres à fideicommiſſario, & pro quadrante trebelliano cũ fructibus ſi trientẽ Iuſtinianeum cum fructibus conſequatur, non tam ex autoritate Senatuſconſulti quàm beneficio interpoſitæ cautionis. Ceterùm vt ad inſtitutam diſputationem reuertamur, apparet ex iis quę hucuſque diximus, falſum eſſe quod interpretes, & pragmatici putant, filio inſtituto ex aſſe, & de hereditate in diem aut ſub conditione reſtituenda rogato legitimam purè deberi. Nam ſi verum eſt

19 gato legitimam purè deberi. Nam ſi verum eſt † quod probauimus, de legitima quæri non poſſe quandiu filius totam habet hereditatem, imò nec hereditate ex fideicommiſſo reſtituta, niſi cautio, vt diximus, interpoſita ſit, prorſus conſequens eſt, vt multò minùs à die mortis teſtatoris legitima ei debita fuiſſe videatur. Nec ad rem pertinet quòd legitimæ ratio ponatur inſpectis facultatibus quæ teſtatoris morientis fuerunt, ac proinde à mortis tempore *l. cùm quæritur 6. C. de inoffic. teſt.* Eadem enim ratiocinatione poſſis inferre trebellianicam ex fideicommiſſo conditionali quandocumque purificato deducendam, à die mortis deberi, quia ſicuti exiſtente quandocunq; fideicõmiſſi conditione, debetur ex fideicõmiſſo hereditas, non quæ quantáq; eſt tempore cõditionis euenientis, ſed quæ quantáque fuit eo tẽpore quo teſtator mortuus eſt, *l. in fideicõmiſſaria 18. ff. ad S.C. Treb.* Ita quadrans qui penes heredẽ remanere debet ex S.C. non alius eſſe poteſt quàm eius ipſius hereditatis quæ mortis tẽpore fuit, ac proinde in ponẽda ratione trebellianicæ, perinde ac in computanda legitima, tempus mortis inſpiciendum eſt, quamuis trebellianica conficiatur etiam ex fructibus qui mortis tempore non fuerunt. Quemadmodum autem cùm fideicommiſſum † vniuerſale in diem aut ſub conditione

20 relictum eſt non priùs legitima debetur quàm Trebellanica, ita ex contrario

21 cùm purum eſt fideicommiſſum, † neutra ſtatim debetur, ſed tum demum alterutra deberi incipit, & quidem iure retentionis, cùm reſtitutio fit reliquæ hereditatis. Quandiu enim fideicommiſſi reſtitutio non petitur, licèt fideicommiſſum purum ſit, quarta tamen ex fideicommiſſo nulla debetur, cùm non obligatio, ſed præſtatio ipſa fideicommiſſi inducat quartæ retentionem.

22 Etenim quid † ſi fideicommiſſarius nollet reſtitui ſibi hereditatem, veritus fortaſſe ne implicetur oneribus hereditariis? Quid ſi heres ipſe rogatus ſuſpectam hereditatem dicat, & ita deducẽdæ quartæ ius amittat? Quid denique ſi heres rogatus priùs deceſſerit quàm hereditatem adierit, atque ita fideicommiſſarium deceperit, vt loquitur *l. ille à quo 13. §. 1. D. ad S. C. Trebell.* His caſibus Trebellianica nulla debetur, quia nec fideicõmiſſum vllum præſtatur, licèt fuerit debitum. Et ex incerto præſtandi fideicommiſſi euentu

23 pendet an futurum ſit vt Trebellanica aliqua debeatur, necne. Igitur † ſi ita ius eſſet, vt cùm fideicommiſſum in diem aut ſub conditione relictum foret, vtraque quarta deduci poſſet, quia non eodem tempore vtraque quarta deberi inciperet, non aliud dici deberet, illo etiam caſu quo fideicommiſſum purum proponeretur, quia tunc quoque Trebellianica non purè deberetur, quomodo legitimam vtroque caſu purè deberi voluit, ſed ex die, id eſt, eo demum tempore quo fideicommiſſi reſtitutio fieret non quo vel deberetur,

vel peteretur. Atque ita nihil obſtaret quominùs vtraque deduci poſſet, cùm vtroque caſu debeatur, vtraque† diuerſo iure, vna iure ſanguinis, altera 24
iure inſtitutionis, vna tanquam filio altera tanquam heredi, vna ex iure naturali, aut ſi *Cuiacio* credimus ex leg Glicia, aut potiùs meo iudicio, ex prudentum interpretatione ad legem duodecim tabularum, altera ex ſenatuſconſulto Trebelliano, aut ex lege Falcidia. Quibus rationibus moueri ſolent noſtri, vt vtriuſque portionis detractionem admittant, fideicommiſſo in diem, aut ſub conditione relicto. Sed tamen ſicut falluntur in eo quòd exiſtimant fideicōmiſſo purè dato Trebellianicam ſtatim deberi ſimul & legitimam, ita & in eo, quo aiunt, fideicommiſſo in diem, aut ſub conditione relicto legitimam purè deberi, vt inferant non impediri concurſu duplicem illam detractionem. Contra enim dicere debuerunt, vtroque caſu, id eſt† ſiue purum 25
ſiue in diem, aut condicionale fideicommiſſum fuit, neque legitimam, neque Trebellanicam purè deberi ſed vtramque (dato, non conceſſo quòd heredi ex aſſe inſtituto legitima deberi, poſſit) ex eo demum tempore quo reſtitutio hæreditatis fiat, quia cùm ea duplicis portionis detractio fiat iure retentionis, non poteſt fieri niſi ex eo quod reſtituitur, & conſequenter eo tempore quo fit reſtitutio. Cui conſentaneum eſt, vt quemadmodum fatentur illi fideicommiſſo purè relicto non eſſe locum duplici detractioni, quoniam altera alteram impedit, ita fateri debeant non aliud admittendum eſſe cùm fideicommiſſum in diem aut ſub cōditione relictum eſt, quia hoc etiam caſu proinde ſe impediunt per concurſum cum vtraque, probauimus ex eodem tempore deberi incipiat. Fefellit interpretes quòd legitima portio deberi creditur iure naturali, Trebellianica verò iure ciuili, ius autem naturale præuenit cauſſam iuris ciuilis. Sed non animaduertunt quod iam diximus, filio† heredi ex aſſe ſcripto legitimam nullam deberi, quia legi & naturæ pluſ- 26
quàm ſatisfaciat pater qui filium ex aſſe heredem ſcribit, nec quòd eum rogat vt hereditatem totam alteri reſtituat, impedit quominùs ſatisfeciſſe & plus quàm ſatisfeciſſe videatur, ſed tantùm inducit Trebellianum, vt ex eo fideicommiſſo legitima portio retineatur. Itaque tantùm abeſt vt verum ſit quod pragmatici cōminiſcuntur legitimæ debitum præcedere, vt è contrario nec præcedat nec ſequatur, ſed ſola Trebellianica† debeatur, præterquam quòd eo 27
quo diximus modo, indemnitati ſuæ conſulere filius poteſt, vt non quadrantem Trebellianicum retineat, ſed trientem Iuſtinianeum, ſi hereditatem ex teſtamento adire recuſet, ne ex coacta aditione damnum ſentiat. Et ſanè ſiue legitimam priùs deberi dicas, non eſt dubitandum quin in Trebellianicam, imputetur, cùm habeat heres iure inſtitutionis, in Trebellianicam verò imputentur etiam ea quæ iure legati, aut fideicommiſſi, adeóque implendæ conditionis cauſſa capiuntur *l. in quartam* 91. D. *ad leg. falcid.* ſiue Trebellianicam priorem debitam eſſe contendas, cùm ea quoque iure teſtamēti & inſtitutionis retineatur, & ex ſubſtantia teſtatoris, nihil etiam dubij eſt quin debeat in legitimam imputari, multò magis quàm quarta quæ debetur adrogato ex diui Pij conſtitutione *d. §. vnde ſi quis. & §. quarta autē & §. ſi quis impubes l. 8 de inoff. teſt.* ſin, quod verius eſt, ſingulas eodem tempore incipere deberi fatearis, id eſt, ex quo die fideicommiſſi reſtitutio fit, non negant interpretes duplici deductioni locum eſſe non poſſe Reliquum igitur eſt vt nullo caſu duplex illa deductio admittatur.

Digitized by Google

ERROR OCTAVVS.

De prohibita heredibus liberorum primi gradus quarta Trebellianica deductione.

1 Sententia interpp. & pragmatic. poſſe prohiberi heredibus liberorum primi gradus quarta Trebellianica deductionem.

2 Zenonis legi d. ſententiam repugnare ſi ita intelligatur vt prohiberi poſsint heredes liberorum primi gradus ne Trebellianicam detrahant ex fideicommiſſo à liberis primi gradus relicto.

3 Erroneã quoq; eſſe ſi ſic hic ſenſus vt prohiberi poſsint heredes, vt Trebellianicam deducãt ex fideicommiſſo à ſeipſis relicto.

4 Vt à legitimis heredibus pupilli fideicõmiſſa dari poſsint ſpecialis eſt iuris.

5 Quibus quarta detractio SCto permiſſa.

6 Si quando fideicommiſſum tale ſit quod & à filio primi gradus & ab eius herede relinqui potuerit, ea in dubio capienda eſt interpretatio quæ facit vt à filio potiùs relictum exiſtimetur.

ETSI ea pragmaticorum & interpretum ſententia eſt, quam nos
in ſuperioribus retulimus & refutauimus, vt liberis primi gradus
ex priuilegio prohiberi Trebellianicæ detractio non poſſit,
reliquis verò liberis, vt & extraneis heredibus prohiberi iure
communi poſſit, iidem tamen fatentur, aut potiùs † contendunt poſſe
prohiberi heredibus liberorum primi gradus, ſiue ſint illi ex deſcendentibus,
ſiue extranei proponantur: Ratione illa quòd ſolis liberis primi gradus
priuilegium hoc datum ſit, hoc expreſſim per Zenonis legem addito & conſtituto,
vti ne ad alias vllas perſonas extendatur. Ego verò, cuiuſmodi aut
2 quid hoc ſit, planè non intelligo. Nam ſi ſic intelligunt † vt prohiberi poſſint
heredes liberorum primi gradus quominus Trebellianicã detrahãt ex fideicõmiſſo
vniuerſali, quod non à ſe, ſed à liberis ipſis primi gradus relictũ fuerit,
apertè meo iudicio fallunt & circumueniunt mentem legis Zenonianæ,
quæ non de iis tantùm fideicommiſſis tractat, quorũ reſtitutionẽ ab ipſis liberis
primi gradus fieri oporteat, ſed de iis maximè, quæ non niſi ab eorum
heredibus reſtitui & præſtari poſſint, id eſt, quibus grauati ſint liberi primi
gradus ſub ea conditione, Si ſine liberi moriantur: quæ conditio, licet iis viuis,
id eſt, vltimo eorum vitæ inſtanti impleatur, vt fideicõmiſſi debiti præſtandique
onus ab ipſis non ab ipſorum heredibus incipiat, fieri tamen non
poteſt vt ab aliis quàm ab heredibus eorũ fideicommiſſa huiuſmodi præſtentur,
& conſequenter inutilis & illuſoria eſſet conſtitutio Zenonis, ſi ſic intelligeretur,
vt quæ prohibitio detrahẽdæ Trebellianicæ in filiorum oneratorũ
perſona non conſiſteret, in ipſorum heredibus defenderetur. Effectus ſiquidem
conſtitutionis nonniſi heredum lucro cedit, licèt filiorum qui fuerunt
onerati commodum illud ſit vt locupletiorem habeant hereditatem quo facilius
inueniant heredem, ipſorúmque ex hac cauſſa non parum interſit. Si
3 verò ſic interpretes, & pragmatici intelligunt, † vt prohiberi poſſint heredes
liberorum primi gradus ne Trebellianicam deducant ex fideicommiſſo, quod
non à liberis primi gradus, ſed à ſeipſis relictum fuerit, errant multò ineptiùs
ſi putãt à filiorum aut aliorum inſtitutorum heredibus ſiue legitimis, ſiue teſtamentariis
fideicommiſſum relinqui poſſe. Nam cùm id quod habent iure
hereditario ex hereditate liberorum primi gradus non à teſtatore habeant,
aut ex ipſius voluntate (niſi fuerint & ipſi ſubſtituti) ſed ab iis quorum ſunt
heredes

heredes, conſequẽs eſt vt ab iis fideicommiſſum relinquere teſtator nequeat, iuxta eam iuris regulam quæ habet ab eo qui neque legatum, neque fideicõmiſſum, neque hereditatem, vel mortis cauſſa donationem accepit, nihil per fideicommiſſum relinqui poſſe *l. ab eo* 9. *Cod. de fideicommiſſ.* Non neſcio, ſicuti conceditur vnicuique ab eo ad quem legitima eius hereditas vel bonorum poſſeſſio peruentura eſt, fideicommiſſum dare, ita & ab eo ad quem impuberis filij legitima hereditas, vel bonorum poſſeſſio peruentura eſt, fideicommiſſa rectè dari poſſe, quemadmodum Iulianus ſcribit in *l. ſi fundum* 92. *alias l. ſi Titio. §. vlt. de legat.* 1. Sed dico ✝ ſpeciale id eſſe in legitimis heredibus pupilli, quoniam eiuſmodi fideicommiſſum ferè eſt vt ſit in vicem & locum eius quod à ſubſtituto pupillari relictum eſſe videatur, quia & tacitè pupillo ſubſtitutus à patre intelligitur is cui pater vltro relinquit legitimam filij impuberis ſucceſſionem. Quemadmodum & quiſquis inteſtatus moritur, hoc ipſo legitimis ſuis heredibus ſponte hereditatem relinquere videtur quaſi tacitè quodammodo inſtitutis, *l. 3. in princip. l. conficiuntur* 8. *D. de iur. codicill.* Idque ita eſſe apparet euidenter ex eo quod in *l. ſeq.* ſubiicitur ex Vlpiano, fideicommiſſum illud à legitimo impuberis filij herede, aut bonorum poſſeſſore relictum, quod Iulianus valere dixerat eatenus duntaxat valere, quatenus impubes filius decedat. Cæterùm ſi pubes factus deceſſerit, euaneſcere fideicommiſſum, *l. quod fideicommiſſum* 93. *de leg.* 1. nimirum quia & expreſſa pupillaris ſubſtitutio, & fideicommiſſum quod à pupillari ſubſtituto relictum eſſet pubertate finiretur, vt pluribus docuimus nec inſubtiliter, in eius loci interpretatione *lib.* 15. *Coniectur.* vnde peti volumus ea omnia quæ huc transferri & tranſcribi commodè poſſent, niſi breuitati ſtuderemus. Ergo cùm à legitimo filij primi gradus herede fideicommiſſum relinqui non poſſit poſt annos pupillares, ſuperuacuum eſt quærere an Trebellianicæ detractio iis prohiberi poſſit. Neque enim ſenatuſconſulto ✝ aliis permiſſa eſt quartæ retentio, quàm iis qui & de reſtituenda hereditate rogati ſunt, & hereditatem ex teſtamento, ſicuti rogati ſunt, reſtituerunt, nos autem cùm eum præcipuè caſum tractemus qui Zenonis conſtitutione expreſſus eſt, de fideicommiſſo ſcilicet ſub ea conditione relicto, *ſi filius heres inſtitutus ſine liberis deceſſerit*, non tam de impuberum quàm de puberum heredibus tractemus, ſiquidem ea conditio *ſi ſine liberis* minùs propriè conuenit impuberibus, qui, vix eſt vt liberos habere poſſint: etſi non eo minùs verum eſt deceſſiſſe ſine liberis eum qui impubes deceſſit, vt dictio illa *ſine liberis* non priuatiuè ad præſupponendum habitum, ſed abnegatiuè, quomodo loquitur Boerius Deciſione vltima, accipiatur. In eo ſanè cum pragmaticis & interpretibus ſentio quod aiunt, Si quando fideicommiſſum ✝ tale ſit quod & à filio primi gradus, & ab eius herede relinqui potuerit, eam in dubio capiendam interpretationem, quæ faciat, vt à filio potiùs quàm ab eius herede relictum exiſtimetur: tùm etiam cùm de illo quæritur, An valeat prohibitio à teſtatore facta, ne trebellianica ex fideicommiſſo deducatur.

4 5 6

ERROR NONVS.

De legitima & trebellianica computatione.

SVMMARIA.

1 *Erronea pragmaticorum ſententia de le[gi]gitima & Trebellianica computatione eo caſu*

Digitized by Google

quo vtrumque deduci volunt.

2 *Computationis pragmaticorum vitium.*

3 *Ex Iuſtiniani conſtitutione de legitima euenit vt ſi quinque ſint filij maior ſit ſingulorum legitima, quàm ſi quatuor tantùm.*

4 *Ex Iuſtiniani conſtitutionibus peti poſſunt exempla eius quod dici ſolet, non omnium quæ à maioribus conſtituta ſunt, rationem reddi poſſe.*

5 *Quomodo poſſet Iuſtinianus occurrere abſurdo num. 3 propoſito.*

6 *Non tantùm liberorum, ſed cæterorum quoque legitima à Iuſtin. aucta eſt.*

7 *Iuſtinianus Falcidiam quoque & Trebellianicam auxit.*

INDVCTA per errorem interpretum iuris ciuilis, duplicis
quartæ deductione ex fideicõmiſſo vniuerſali iniuncto alicui
ex iis perſonis quibus legitima portio debeatur, alius error
protinus inuectus eſt, quē etiamnum rudiores pragmatici ple-
rique ſequuntur in duplicis illius quartæ computatione. Putãt
1 enim † duplicem hanc deductionem facere vt inter heredem rogatum, & fi-
deicommiſſarium hereditas ex æquis partibus ſemper diuidi debeat, & di-
midia heredi pro legitima & trebellianica, dimidia fideicommiſſario pro fi-
2 deicommiſſo relinquatur. Quæ computatio † apertè vitioſa eſt, ſiue ius vetus,
ſiue nouum intueare. Nam quemadmodũ iure vetere, cùm pro legitima nõ
niſi quadrans deberetur, pro trebellianica verò quadrans alius reliqui tan-
tum dodrantis, non totius aſſis, non poterant duo illi quadrantes efficere di-
midiam vniuerſæ hereditatis, ſed quincuncem duntaxat cum quadrante vn-
ciæ, ita hodie aucta legitima non modò ad trientem vſque, ſed etiam vſque
ad ſemiſſem pro numero liberorum, fieri non poteſt vt ſi quinque pluréſve
liberi ſint, iunctus quadrans trebellianus ſemiſſi legitimario non excedat ſe-
miſſem, vt efficiat ſeptuncem cum ſemuncia. Diſtinctio igitur adhibenda eſt,
an quatuor duntaxat, vel pauciores, an plures liberi ſint. Si quatuor tantum
vel pauciores, eo demum caſu vera eſt & recta ſupputatio: quia triens totius
patrimonij coniunctus cum quadrante reliqui beſſis, ſemiſſem conſtituit: ſin
plures quàm quatuor, vtraque detractio ſeptuncem cum ſemuncia, vt dixi-
mus, facit. Sed tamen obſeruandum eſt, quod neſcio an ex interpretibus aut
pragmaticis quiſquam adhuc obſeruauerit, mirum eſſe, ne dicam omnino à
3 ratione alienũ, quod Iuſtinianus induxit, vt † ſi quinq; filij ſint, maior ſit ſin-
gulorũ legitima portio, quàm ſi quatuor tantùm eſſent. Id enim omnino cõ-
ſequens eſt ei quod ille conſtituit, vt quatuor liberorum legitima ſit triens,
quinque verò liberorũ ſit ſemis: cùm ſi ſint quatuor, ſinguli pro legitima fe-
rant vnciam dũtaxat; ſi quinque, ſinguli cũ vncia quintam alterius vnciæ par-
tem. Et tamen rationi congruum videretur, vt quo plures eſſent liberi, eo mi-
norem pro legitima portionem ſinguli conſequerentur, vt euenit omni alio
caſu quo vel plures, vel pauciores ſint liberi, quàm quatuor. Mihi videtur
4 poſſe hinc † peti exemplum non inelegans eius quod dici ſolet, non omnium
quę à maioribus conſtituta ſunt, rationem reddi poſſe. Quamquam nõ deſunt
alia eiuſmodi pleraque ſi quis ex Iuſtiniani conſtitutionibus proferre velit.
Dicat fortaſſe aliquis pro Iuſtiniano, non potuiſſe fieri quin hoc abſurdum
eueniret, præterquàm ſi quota legitimæ portio pro numero liberorum au-
cta non fuiſſet, quod ipſum videri debuiſſet abſurdius. Sed præter id quod
nego abſurdum videri debere quod tota vetus iuriſprudentia rationi adpri-
5 mè conſentaneum exiſtimauit. Dico † potuiſſe huic abſurdo occurri, ſi Iuſti-
nianus eo caſu quo quinque liberi fuiſſent, mediam quandam portionem ſta-
tuiſſet

tuiſſet inter trientem & ſemiſſem paulò minorem quincunce, aut ad ſum-
mam, quincuncem, quo facto etſi illa adhuc iniquitas ſupereſſet, quòd qua-
tuor liberis ſuperſtitibus non maior ſingulorum portio eſſet quàm ſi quin-
que eſſent, non tamen ſimiliter eueniret vt quinque liberis exiſtentibus ma-
ior eſſet legitima ſingulorum quàm ſi quatuor tãtùm proponerẽtur. Singu-
li enim perinde vnciam haberent, ſicut & cùm ſex ſunt liberi, vnciam ſingu-
li ferunt. Illud† certè cõſtat nõn modò liberorum, ſed etiam parentum legi- 6
timam auctam eſſe, adeóque fratrũ, omnium denique qui de inofficioſo te-
ſtamento queri poſſunt, vt ait conſtitutio. Fratrum, inquam, eo ſcilicet caſu
quo ius habent proponendæ querelæ ſi non legitima portio iis ſit relicta, id
eſt inſtituta demum turpi perſona. Erit ergo legitima parentũ ſemper triens,
numquam ſemis, quia non ſicut liberi ita parentes tot eſſe poſſunt. In fratri-
bus aliter obſeruandum eſt, idem nimirum quod in liberis, vt ſi quatuor tan-
tùm ſint vel pauciores, non niſi trientem habeant, ſin plures, habeant etiam
ſemiſſem. Auxit etiam Iuſtinianus † eodem exemplo falcidiam & trebellia-
nicã ad trientem vſque, quantuſcumque tandem ſit numerus heredum, quia
ſcilicet debẽtur hę portiones non ex perſonis heredum, ſed ex comparatio-
ne hereditatis quæ ſemper vna eſt, ſiue vniuerſalem illam hereditatem inſpi-
cias quæ fuit teſtatoris morientis, ſiue particularem quæ pluribus heredibus
relictis ex cuiuſque portione conſtituitur, cùm tot hereditates fieri intelli-
guntur quot ſunt hereditariæ portiones. Sed tamen remanſit ea pars conſti-
tutionis in Oriente, nec ad Occidentem, id eſt, ad nos vſque peruenit. Sanè ſi
verum eſt, vt eſt, quod in ſuperioribus diſputauimus, filiũ heredẽ ſcriptum,
eundémque de reſtituẽda hereditate rogatũ, nonniſi quartã vnciam detrahe-
re poſſe, fuit omnino conſentaneũ, vt Iuſtinianus augens quartã legitimariã,
augeret quoque falcidiã & trebellianicã; ne alioqui damno afficeretur filius
qui ex hereditate reſtituenda non niſi trebellianicam deducere poſſet, atque
ita prætextu hereditariæ inſtitutionis fraudem in legitima pateretur. Ex quo
magis apparet numquam fuiſſe Iuſtinianum in ea ſententia vt ex eodem fi-
deicommiſſo & legitimam & falcidiam deduci poſſe exiſtimaret. Ita enim
fieret, quod eſſet abſurdiſſimum, vt filius inſtitutus deduceret beſſem, re-
ſtitueret verò trientem duntaxat ei cui teſtator totam hereditatem reſtitui
præcepiſſet.

ERROR DECIMVS.

De onere legatorum poſt reſtitutam ex fideicommiſſo hereditatem.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia quorundam pragmaticorum legatorum onera ad fideicommiſſarium in ſolidum pertinent, ad heredem verò nulla ex parte.*

2 *Opinio aliorum qui onera legatorum ſicut & æris alieni pro rata cuiuſque portione diuidenda inter heredem & fideicommiſſarium arbitrantur.*

3 *Relata opinionis fulcimenta.*

4 *Separandam eſſe hac in parte cauſſam æris alieni à cauſſa legatorum adeò vt heres creditoribus pro parte teneatur, non verò legatarijs contra pragmaticos.*

5 *Ratio diſsimilitudinis eſt allata.*

6 *Legata Trebellianicam non minuunt.*

7 *Fideicommiſſarius ſatiſdare debet legatorum nomine non etiam heres à quo ſunt relicta.*

8 *Quando ex Trebelliano reſtitutionem hereditatis fieri ſimpliciter dicant ICti.*

9 *Interpretatio l.2.C.ad SC.Trebell.*

10 *Explicantur verba §.ſed quia.Inſtit.de fideic.heredit.*

11 *Non eſſe iniquum vt fideicõmiſſarius cui dodrans tantùm hereditatis reſtitutus eſt cogatur legatarijs in ſolidum reſpondere.*

1 PLACET interpretibus † & pragmaticis ferè omnibus legatorũ onera ſpectare in ſolidũ ad fideicõmiſſarium, ad heredẽ verò pro nulla parte, licèt quadrãtẽ hereditatis ſaluũ habeat reſtituta ex Trebell. hereditate, vt tractat *Guid.Pap.queſt.296.* notans in eo differre onus legatorũ ab onere æris alieni quod pro rata portione diuiditur inter heredẽ & fideicommiſſarium. Sed obſtat euidenter *l.2.C.ad SC.Trebell.* quæ hac ipſa in re eandem rationem conſtituit æris alieni & legatorum. Indeque factum
2 eſt, vt aliis † quibuſdam contrà viſum ſit onera legatorum ſicut & æris alieni pro rata cuiuſque portione diuidi debere inter heredẽ & fideicõmiſſarium, quotieſcumque ex fideicõmiſſo reſtituta eſt hereditas deducta quarta, vt nimirum teneatur heres pro quadrante ad legatorum & æris alieni exſolutio-
3 nem, fideicommiſſarius verò pro reliquo dodrante. Huiúſque ſententię † fortiſſimum, vt equidem putant, argumentum ſumunt ex *d.l.2.C.ad SC.Trebell.* vbi reſcriptum eſt indubitati iuris eſſe ad eum cui ex Trebelliano ſenatuſcõſulto pars hereditatis reſtituatur, ſucceſſionis onera ſeu legatorũ prȩſtationem pro cõpetenti parte ſpectare. Id verò æquitati adprimè conſentaneum eſſe, arbitrantur, vt heres qui quartam hereditatis partem retinet hereditariis quoque oneribus pro ea parte fungatur: fideicõmiſſarius verò, cui nõniſi dodrans hereditatis ex fideicõmiſſo reſtituitur, ſupra eam portionem non oneretur. Quam in rem pro pragmaticis afferri poteſt quod de Senatuſconſultis Trebelliano & Pegaſiano Iuſtinianus refert in *Inſtit. tit. de fideic.hered.* Ait enim ita olim ius fuiſſe, vt ſi non plus quàm dodrantem hereditatis ſcriptus heres rogatus eſſet reſtituere, tunc ex Trebelliano hereditas reſtitueretur, & in vtrumque actiones hereditariæ pro ratà parte darentur, in heredem quidem iure ciuili; in eum verò qui recipiebat hereditatem, tanquam in heredem ex ſenatuſconſulto Trebelliano. At ſi plus quàm dodrantem, vel etiam totam hereditatem reſtituere rogatus eſſet, locus erat, inquit, Pegaſiano ſenatuſconſulto, & heres qui ſemel adierat hereditatẽ, ſi modò ſua volũtate adierat, ſiue retinuerat quartam partem, ſiue retinere noluerat, ipſi tanquam ſolus heres vniuerſa hereditaria onera ſubſtinebat, ſed quarta quidem retẽta, quaſi partis & pro parte ſtipulationes interponebantur, tanquã inter partiarium legatarium & heredem: ſi verò totam hereditatẽ reſtitueret, emptæ & venditæ hereditatis ſtipulationes adhibebantur, vt heredis indemnitati contra fideicommiſſarium qui hereditatis lucrum & cõmodum retinebat, conſuleretur. Illud igitur iure vetere perpetuum fuit, vt ſiue ex Trebelliano ſenatuſcõſulto, ſiue ex Pegaſiano reſtitutio hereditatis fieret, onerum quoque hereditariorum diuiſio inter heredem & fideicommiſſarium pro competentibus vtriuſque portionibus induceretur. Etſi autem Iuſtiniani conſtitutione, quæ de fideicommiſſariis hereditatibus reſtituẽdis lata eſt, cuius ibidem Iuſtinianus meminit, & quæ tamen in Codice noſtro nulla extat, totum ius illud vetus conturbatum fuit, exploſúſque vſus tanquam captioſus ſtipulationũ quas Pegaſiani ſenatuſconſulti autoritas inuexerat, trãsfuſo in Trebellianum toto Pegaſiani iure, vt ex eo fideicommiſſariæ hereditates reſtituãtur, ſiue habeat

heres

Digitized by Google

heres ex voluntate teſtatoris quartam,ſiue plus,ſiue minus,ſiue nihil penitus, idem tamen hac parte placuit Iuſtiniano quod prudentibus placuerat, vt ſi quando heres,cui nihil vel minus quarta relictum eſt,quartam integram ſibi conficiat ex Iuſtiniani autoritate quaſi ex Trebelliano ſenatuſcõſulto, actiones tam in heredem quàm in fideicommiſſarium competant pro rata vtriuſque portione. Ego tamen † didici ſeparandam hac parte cauſſam æris alieni à cauſſa legatorum:& longè alio iure illam,alio hanc cenſeri. Heredem,qui de reſtituenda hereditate rogatus quartam retinet, ſiue ex teſtatoris voluntate,quia non niſi dodrantem reſtituere iuſſus eſt,ſiue contra volũtatem,quia teſtator de vniuerſa hereditate reſtituenda ſenſerat, cogendum reſpondere creditoribus pro ea parte,legatariis non item. Et ratio † diſſimilitudinis eſt, quia non ſicut legitima illa portio quæ liberis à parentibus,& cõtrà,parentibus à liberis debetur,nõ niſi deducto ære alieno, adeóq; funeris impẽſa conſtituitur,ita & ea quarta quæ ex fideicommiſſaria hereditatis reſtitutione retinetur.Hæc enim hereditatis portio eſt,illa bonorũ. Hereditas habet commoda & incommoda,æriſque alieni perinde ac proprij rationem.Bona verò ſicut ea ſunt propriè quæ beant, & conſequenter quæ plus habent commodi quàm incommodi,ita deducto ære alieno bona dicũtur. Legata autẽ etſi perinde ex teſtatoris iudicio & voluntate præſtanda ſunt acſi æris alieni iure cẽſerentur,tamen in ære alieno non computantur, ideóque nec minuunt legitimam liberorum,& parentum portionem, quæ minuitur vtique per æs alienum.*l. Papinianus 8.§. quarta autem. D. de inoff. teſtam.* Nec magis † Trebellianicam minuere quàm legitimam poſſunt,non ob id ſolùm quòd teſtator qui heredi onus irrogat reſtituendæ hereditatis,credendus eſt voluiſſe,vt cum onere legatorum hereditas reſtitueretur, quemadmodum Celſus ſcribit in *l. 2. D. ad S.C. Trebel.* ac proinde vt per fideicõmiſſarium non per heredem & omnia & ſolida præſtarentur, ſed etiam quia eo quoque caſu, quoad heredis onus legata eſſe teſtator voluit,id eſt, quo deductis legatis hereditatem reſtitui teſtator iuſſit, falcidiam nihilominus tam ex legatis, quàm ex fideicommiſſo vniuerſali deducit, vt vtraque deductione quartam vnam & integram conſequatur,vt ex Ariſtonis & Pomponij ſententia Vlpianus ſcribit in *l. 3. §. item Pomponius ſcribit eod. tit.* Quomodo igitur fieri poteſt vt Trebellianica minuatur per legata,cùm è contrario per Trebellianicã legata ipſa etiam quæ ab herede relicta ſunt minuantur? Hinc eſt quod dicimus fideicõmiſſarium † ſatiſdare debere legatorum nomine quæ ab herede relicta ſunt, *l. 4. D. vt legat. ſeu fideicom. nomin. caueat.* nõ etiam heredem, adeò vt ſi heres ſatiſdederit, ſimul cum fideicommiſſario vtraque quidem ſtipulatio committatur, ſed tamen exceptione tueri ſe poſſit heres quaſi ſine cauſſa cauerit, quia cauere non debuit,*l. etiam 15. §. 1. D. eod.* vbi quod Paulus loquitur de fideicommiſſario Trebelliano,notandum eſt ad eum duntaxat fideicõmiſſarium pertinere, cui tota hereditas ſine vlla deductione reſtituta ſit, non ad illum etiam cui non plus quàm dodrantem reſtitui teſtator iuſſerit. Fieri nãque ex † Trebelliano reſtitutionem hereditatis ſimpliciter,Iureconſulti dicunt, cùm hereditas tota,& ita vti teſtator iuſſit,reſtituitur,nec quicquam ex ea contra teſtantis voluntatẽ per heredẽ retinetur, quãuis poſſit etiã pars hereditatis ex Trebelliano reſtitui,*d. l. 2. C. ad S.C. Trebel. §. ergo ſi non plus. Inſtit. de fideic. hered.* Quid ergo eſt quod ait *lex ſecunda C. ad S.C. Trebel.* Verba ipſa legis demonſtrant tractari eo loco de fideicõmiſſario cui ex Trebelliano Senatuſconſulto reſti-

4, 5, 6, 7, 8 (margin numbers)

tuta ſit pars hereditatis, non autem tota hereditas ſecundùm teſtatoris voluntatem. Totam enim hereditatem reſtitui intelligimus, quoties heres totã hereditatem reſtituere iuſſus eſt, licèt non niſi dodrantem reſtituat vt quadrantem ex Pegaſiano aut ex lege Iuſtiniani ſaluum habeat contra voluntatem teſtatoris. Et ſanè lex illa omnino interpretanda eſt ex eo iure, quod tum obtinebat; cúmque loquatur de fideicommiſſario Trebelliano, non poteſt ad eum caſum adaptari, quo vèl quadrans totus, vel quadrantis pars vlla contra teſtatoris mentem deducatur vel retineatur. Inducebat enim ea res ſenatuſconſultum Pegaſianum, ceſſante Trebelliani poteſtate. Porrò cùm heres inſtitutus rogatus erat reſtituere, non totam hereditatem, ſed partem hereditatis quantacunque illa eſſet, dum ne ſupra dodrantem ſicuti Pegaſiano ſenatuſconſulto locus nullus erat, nec proinde de quarta trebellianica tractari poterat, quæ primùm eo ſenatuſconſulto inducta fuit, ita neque vlla dubitatio occurrebat quin heres pro ſua parte, id eſt, pro quadrante, ſi dodrantem reſtituiſſet, creditoribus & legatariis teneretur. Nam cùm Senatuſconſulto trebelliano nihil de quarta heredi danda cautum eſſet, ſed tantùm de transferendis in fideicommiſſarium actionibus, non poterat ea translatio fieri, ſiue legatorum, ſiue æris alieni nomine, niſi pro qua parte reſtituta hereditas fuiſſet: & conſequenter obligatio quam heres adeundo contraxerat ipſo iure, vt ſolidas legatariorum & creditorum actiones ſuſcipere cogeretur, manebat ſalua, & ea ipſa quę priùs fuerat ad finem vſque quadrantis, non ſecus acſi duo heredes ab initio ſcripti fuiſſent vnus ex quadrante, alius ex dodrante, quo caſu dubitari non poſſet quin heres ex quadrante legata pro quadrante deberet, ſalua ex iis falcidia ſi ſupra dodrantem quadrantis oneratus proponeretur. At poſtquàm inductum eſt Senatuſconſulti Pegaſiani autoritate, & Iuſtiniani cõſtitutione confirmatum, vt quartam heres habere omnimodo debeat etiã inuito teſtatore, niſi cùm adit coactus, cœpit quoque ius vetus quod in legatis obtinebat in eo abrogari, vt tum etiam cùm heres de tota hereditate reſtituẽda rogatus quartã retinet, nullã legatorũ partẽ præſtare cogatur, quia ſcilicet quarta ei cõficienda eſt aut ex fideicommiſſo ſolo, cùm ea teſtatoris mẽs fuit, vt onus legatorũ totũ ſpectaret ad fideicõmiſſariũ (quod proculdubio ſenſit is qui totam hereditatẽ fideicommiſſario reſtitui iuſſit) aut ex ipſis quoque legatis, ſi legata non ad fideicõmiſſarij, ſed ad heredis onus eſſe teſtator voluit, vt diximus ex *d.l.3.§.item Pomponius.ad S.C. Trebel.* Rogato herede de reſtituendo duntaxat dodrante nihil cauſſæ eſt cur trebelliano derogatũ fuiſſe putemus, ſiue per Senatuſconſultũ Pegaſianũ, quod nunquã hoc caſu locũ habuit, ſiue per Iuſtiniani conſtitutionẽ, quæ Senatuſconſultum Pegaſianũ exploſum eſſe voluit, cùm ob hoc ipſum ſuſtulerit Pegaſianũ vt trebelliano magis locus eſſe poſſet: nec.n.transfudit Iuſtin. poteſtatem Pegaſiani in trebellianũ, niſi iis demùm caſibus quibus Pegaſianũ anteà obtinebat. Igitur reſtituta ex trebelliano hereditate, id eſt, facta hereditatis reſtitutione fideicõmiſſaria eo modo quo fieri olim poterat ex trebelliano Senatuſcõſulto, ante Pegaſianum præſtabit heres partẽ legatorum, ſicut & æris alieni pro portione hereditaria, acſi nõ fideicõmiſſarium, ſed coheredem haberet, quia de trebellianica hoc caſu quæri nec olim potuit, nec hodie poteſt: ideóq; ſuperuacuum eſt diſputare an à legatorum onere immunis eſſe debeat, nécne, ſoláque ſupereſt cauſſa hereditatis, quæ proculdubio heredem obligat ad onera omnia ſucceſſionis quæcumque tandem illa ſint, id eſt ſiue in ære alieno

con-

Digitized by Google

cõſiſtant,ſiue in legatis. Reſtitutione autẽ facta ex Pegaſiano,id eſt eo modo
quo fieri olim poterat ex Senatuſc.illo, priuſquàm tota eius poteſtas à Iuſti-
niano transfuſa eſſet in trebellianum (nõ enim cõfuſi ſunt caſus,licèt confuſa
ſint nomina Senatuſcõſultorũ)ac proinde ſi heres,vel totã hereditatẽ vel ſu-
per dodrantẽ reſtituere iuſſus ſit,aliud planéq; diuerſũ ius eſt quod ad legata,
nõ tamẽ quod ad ęs alienum,& cogitur heres pro rata ſui quadrantis reſpon-
dere quidem creditoribus,ſed non legatariis. Atque ita ſanè accipi † debet 10
quod Iuſtin.ſcribit in *§.ſed quia.Inſt. de fideic.here.pro rata portione actionibus
tam in heredem quàm in fideicommiſſarium competentibus*, ſcilicet de actionibus
hereditariis quæ competunt ratione æris alieni, non etiam de actione ex te-
ſtamento competente pro legatis:nimirum quia non ſicut ex legatis & ex fi-
deicommiſſo detrahi poteſt ea quarta quam heres habere debet, ita & ex æ-
re alieno:cúmque ſit quarta pars hereditatis,habens, vt dictum eſt, commo-
da & incommoda, ſine dubio minuitur per æs alienum, quod ad commo-
dum & emolumentum attinet, licèt non quod ad nomen & quotam, vt &
hereditas ipſa. Et hic nimirum caſus eſt, de quo diſputauimus cùm tracta-
mus de trebellianica, ad quem ſanè non pertinet *d.l.2.C.ad SC.Trebell.* quæ
de fideicommiſſario Trebelliano loquitur non de Pegaſiano: cuius rei i-
gnoratione acti ſunt interpretes præcipites in hunc errorem. Dices, aper-
tè iniquum eſſe ſi fideicommiſſarius, cui nonniſi dodrans hereditatis reſtitu-
tus eſt, cogatur legatariis omnibus in ſolidum reſpondere. Sed reſpon-
deo † non eſſe iniquum, quia deliberare apud ſe fideicommiſſarius ante o- 11
mnia poteſt & debet,an ſibi expediat petere reſtitui hereditatem: quemad-
modum etiam olim Senatuſconſulti trebelliani temporibus obtinebat, vt ſi
heres deducta re aliqua, etiam quæ quartam partem hereditatis excederet,
hereditatem reſtituere iuſſus eſſet, nullã aut æris alieni, aut legatorum par-
tem ferre heres deberet, ſed integrum onus fideicõmiſſario incumberet,qui
ſi damnum ex eo aliquod ſentiebat, imputare ſibi debebat, cur hereditatem
damnoſam ſibi reſtitui poſtulaſſet, vt Iuſtinianus ſcribit in *§.ſi quis vna. In-
ſtit.d. fideic.hered.l.ſi legatus 30.§.multum intereſt.*D.*ad SC.Trebell.*quia non
poteſt videri pars vlla hereditatis in vna re conſiſtere.*l.quamuis 14.*D.*ſi quis
omiſ.cauſ.teſt.*At non ſimiliter imputare poſſis heredi cur ſuſpectam non di-
xerit:ſiquidem ſciuit & ſcire debuit futurum vt ſi hereditatẽ quantumuis o-
neratam legatis ſponte adiret, nihilominus quartam integram ex Senatuſ-
conſulto haberet,ſiue ex fideicommiſſo vniuerſali,ſiue ex ipſis etiam legatis,
ſi opus eſſet, deducendam. Denique non poſſunt legata ſuſpectam heredi fa-
cere hereditatẽ quomodo facit onus æris alieni.Propter quã cauſſam ſi ex eo
capite hereditas dãnoſa ſit,non debet adire niſi coactus,vt incõmoda omnia
cum commodis transferat in fideicommiſſarium, ſed fideicommiſſario ſu-
ſpectam hereditatem facere debet non minùs legatorum quàm æris alieni
quantitas, quoniam vbi ſemel quarta ex fideicõmiſſo vniuerſali detracta eſt
per heredem, fieri nequit vt alia per fideicõmiſſarium ex legatis detrahatur.
Lex enim falcidia de herede tantùm locuta eſt, & ſoli heredi nõ etiã fideicõ-
miſſario proſpexit. Nec proinde ius vllũ fideicommiſſarius habet deducendę
falcidię,niſi ex perſona heredis,cùm heres ipſe non deduxit,quia nec deduce-
re voluit in fideicõmiſſario ſoli fauerct,vt in *l.1.§.inde Neratius ad SC.Tre-
bell.*aut non potuit,fortè quia ſuſpectam dixit,vt in *l.3.in princ.*D.*eod.*

Digitized by Google

ANTONII FABRI I.C.

DECAS DVODECIMA.

ERROR PRIMVS.

De fructibus legitimæ.

SVMMARIA.

1 *Fructus augent legitimam ex pragmaticorum ſententia.*

2 *Legitima nec augmentum, nec diminutionem recipit, contra pragmaticos.*

3 *Quibus legitima debetur, eis non modò legitimá adiudocanda eſt, ſed etiã legitimæ fructus.*

4 *Primus caſus quo pragmatici putant legitimæ fructus non deberi ei cui debetur legitima.*

5 *Sententiæ pragmatic. reprobatio.*

6 *Secundus caſus quo legitimæ fructus nullos deberi autumant pragmatici.*

7 *In propoſito caſu deberi fructus legitimæ, contra pragmaticos.*

8 *Quo caſu exiſtiment pragmatici fideicommiſſariæ hereditatis fructus fideicõmiſſario nullos deberi.*

9 *Sententia pragmaticorum refutatio.*

1 FRVCTVS †, inquiunt pragmatici, augent legitimã, ſicut & he-
2 reditatẽ. Hoc † verò falsũ eſt. Nõ.n. ſicut hereditas, ita & legiti-
ma eſt nomẽ iuris, ſed quota bonorũ, quę proinde nec augmẽ-
tũ recipit, nec diminutionẽ. Nã in ponenda ratione legitimæ
inſpicitur quãtitas bonorũ, quę mortis tẽpore fuit, deducto ę-
re alieno *l. cùm quæritur* 6. C. *de inoff. teſt. l. Papin.* 8. §. *quarta autẽ.* D. *eod.* Nec
ſi hereditas à malę fidei poſſeſſore poſſeſſa ſit, fructúſq; ex ea percepti qui au-
xerint hereditatẽ, legitimã quoq; auctã eſſe dicẽdũ eſt: nã nec falcidia legato-
rũ aut fideicõmiſſorũ augeretur *l. in quãtitate* 73. *in prin. ad leg. falc. l. in fidei-
cõmiſſ.* 18. *ff. ad SC. Treb.* Illud tamẽ verũ eſt quod pragmatici, vt puto, intelli-
gũt, eis quibus legitima † debetur, nõ modò legitimã adiudicandam eſſe, ſed
3 etiam legitimę fructus *d. l. Papinianus* §. *vnde ſi quis.* D. *de inoff. teſtam. l. mulier*
22. §. *ſi heres* & §. *cùm proponeretur.* D. *ad SC. Trebell.* quoniam alioqui nõ vi-
deretur ea portio data, quæ mortis tempore fuiſſet, idque in confeſſo eſt. Ali-
qui tamen caſus ſunt in quibus magna dubitatio eſt, an legitimæ fructus ad-
iudicari oporteat. Finge † filiã cui nubẽti dos conſtituta fuit pro legitima vi-
4 uo adhuc patre renuntiaſſe, adhibito, vt fit, iureiurando, non tantũ ſucceſſio-
ni paternæ, ſed etiã legitimæ portioni, quam in patris bonis ſperare quãdoq;
poterat, & ſupplemento legitimę: mortuo verò patre cùm ex ea renuntiatio-
ne filiã immodicè lęſam eſſe cõſtaret, petitã ab ea & impetratã in integrum
reſtitutionem, cuius poteſtate factum ſit vt ei legitima debeatur. An legitimæ
quoq; fructus conſequetur? Dubitationẽ facit, quòd quandiu renuntiatio te-
nuit, verũ eſt legitimã nullã debitã fuiſſe, poſtquàm iuris pontificij autorita-
te inductũ eſt, contra iuris ciuilis rationẽ vt valeant huiuſmodi renuntiatio-
nes propter religionẽ iuriſiurãdi, *cap. 2. de pact. in* 6. Nõ poſſunt igitur fructus
legitimę deberi pro eo tẽpore pro quo nec legitima vlla debita fuit. Fructuũ
enim debitũ, ipſius rei ex qua fructus ſunt debitũ ſequitur ſemper, præcedit
numquã. Atq; ita ex pragmaticis plerique putãt, filiã hoc caſu fructus nullos
petere poſſe, niſi ab eo die quo lis ſuper in integrũ reſtitutione conteſtata ſit,
quaſi in eũ vſq; diem bona fide & iuſto titulo perceptos à patris herede qui
renun-

Digitized by Google

renuntiationis viribus nitebatur. Sed quàm † falſa ſit hæc ſentẽtia, ex iis conſta- 5
re poteſt, quæ ſcripſimus *Decade* 9. vbi probauimus reſtitutionis in integrũ
vim & poteſtatẽ illã eſſe vt omnia in integrum reuocet, & in eũ ipſum ſtatum
in quo res eſſet ſi contractum non fuiſſet, ac proinde non minùs quod ad fru-
ctus quàm quod ad rẽ ipſam, ex qua fructus percepti ſunt, *l. quod ſi minor. 24. §.*
reſtitutio. l. patri 27. *§. 1. ver. prædiũ. l. minor.* 40. *§. 1. D. de minor. l. 1. C. de ſent. paſ.*
& rest. Quod ſi vllo caſu verum eſt, in iſto certè obtinet maximè in quo agi-
tur reſcindenda renuntiatione, quæ odioſiſſima eſt, cùm aliena ſit à iuris
ciuilis ratione, nec tã iuris aut æquitatis vinculo, quàm iuriſiurandi religione
defendatur. Etſi. n. communis interpretum traditio eſt, iuſiurandem hoc caſu
prodeſſe non tantùm ad inducendã periurij exceptionẽ ſi quid contra factum
ſit, ſed etiã ad validandã, & confirmandã renuntiationẽ, tamen impetrata ab-
ſolutione ob æquitatem illã quòd iuſiurandum iniquitatis vinculum eſſe non
debeat, ſicut autoritas iuriſiurãdi nulla ſubeſt, ita nec ratio vlla propter quam
defendi debeat renuntiatio, quæ non ſolùm odioſa, iuriſq; cõtraria, ſed etiã ini-
qua reperitur. Quid. n. iniquius quàm vt pater in dote dãda filiæ quod ex of-
ficio facere tenetur, fraudẽ in legitima comminiſcatur, in eámq; rẽ iuriſiurandi
ſanctitate & autoritate ac filiæ facilitate abutatur? Et ſanè reſciſſa renuntia-
tione, fieri nequit vt non perinde legitima debeatur acſi renuntiatio nulla
interceſſiſſet: iam autem diximus, nulla renuntiatione interueniente non tan-
tùm legitimã deberi, ſed etiam legitimæ fructus à die mortis. Eámq; ſenten-
tiã Senatus noſter ſequitur, licèt à Senatu Burdegalenſi improbatã, teſte *Boe-*
rio Deciſ. 3. ad fin. Alius † caſus eſt, quo induxit error pragmaticorum vt legiti- 6
mæ fructus nulli debeantur: ne quidem, quod magis mirum eſt, à die litis cõ-
teſtatæ, nimirũ ſi iure dubitari poſsit an legitima ipſa debeatur. Id enim ple-
rũq; in obſcuro & incerto eſſe creditur, vt puta ſi qua ex his perſonis quę à ſuc-
ceſſione excluſæ ſunt petat legitimã, finge matrẽ defuncti talliabilis, & homi-
nis, vt loquũtur, manuſmortuę, qui aliũ quã dominũ habere ſucceſſorẽ nõ po-
teſt: aut matrẽ liberi quidẽ hominis & ingenui, ſed quæ ante petitũ filio tuto-
rẽ inierit ſecundas nuptias, & ante redditã adminiſtrationis rationẽ; ideóque
indigna ſit quæ ad impuberis filij ſucceſſionẽ admittatur *l. omnẽ* 6. *C. ad* S.C.
Tertyll. His caſibus placet pragmaticis legitimã matri deberi, (veréne an ſe-
cus videbimus fortaſſe in ſequentibus) fructus tamen nullos deberi, quaſi iam
plus quàm ſatis matri faueatur in eo quod habet legitimã, quã ex ſtricta iuris
ratione habere nõ deberet. Sed eſt hæc † etiã ſententia tã aliena & diſcrepans à
iure ciuili, vt non putẽ aliqua æquitatis ſpecie defendi poſſe. Non. n. ea res in 7
iudicis arbitrio poſita eſt, an fructus legitimæ debeantur, aut non: quomodo
alia pleraque arbitria dicimus, quæ ex bono & æquo pro arbitrio iudicis
in hanc aut in illã partẽ ſtatui poſſunt, & in quibus ſolent pragmatici dicere,
bonum eſſe habere iudicem fauorabilem, ſed iuris certiſſimi & indubitatiſſi-
mi eſt, aut legitimã prorſus nullã deberi, aut ſi qua debeatur, fructuũ quoque
legitimæ à die mortis ex quo incipit deberi, rationẽ habendã eſſe: multò ma-
gis verò ex die litis conteſtatæ; cùm dici ſoleat ex eo tẽpore poſſeſſores omnes
eſſe pares, id eſt malæ fidei poſſeſſores effici etiam eos qui in eum vſque diem
bona fide & iuſto titulo poſſediſſent, *l. ſed etſi lege 25. §. ſi ante 2. de petit. hered.*
adeò vt nec melior ſit conditio ignorantium heredem eius qui litem con-
teſtatus eſt, ſed par fortuna, vt loquitur *l. 2. Cod. de fructib. & lit. expenſ.* Poteſt
quidem iudex interdum compenſare fructus ex vna parte debitos cum vſu-

Digitized by Google

ris ex alia parte præſtandis, vt in *d.l.m nor* 40.*§.1.de minor.* quoniam ea compenſatio vicem mutuæ adiudicat onis obtinet: ſed fructus ex natura iudicij & qualitate actionis inſtitutæ adiudicandos denegare iudex nunquam poteſt, non magis quàm id ipſum quod principaliter petitur, & debetur. Fructus enim etſi acceſſiones ſunt eius rei quæ in iudicium deducitur, tamen non ſolo iudicis officio, ſed obligationis & actionis iure debentur in bonæ fidei iudiciis, in ſtrictis verò officio quidem iudicis, ſed ita tamen vt non ſit liberum iudici eos fructus non deducere in condemnationem, quia quale quid eſt cum petitur, tale dari debet *l.2.l.videamus* 8.*§.actionem.*D.*de vſur.* Sunt.n. fructus naturales acceſsiones rei, & naturalem cauſſam habere dicuntur, ideóque rem ipſam neceſſariò ſequuntur: ita vt nihil interdum proſit bona fides ad eos lucrandos, *l.indebiti* 15. D. *de cond indeb.l.vxori maritus* 27. De *vſufr. lega.* Quamquam regulariter aliud ius eſt quod in bonæ fidei poſſeſſorum gratiam conſtitutum fuit eo ſolo colore quòd bonæ fidei poſſeſſor hac parte domini iure cenſeatur *l. bona fidei* 48. D. *de acquirend. rer. domin.* De quo ſcripſimus latiùs in *errorem primum Decadis ſuperioris*, & ſcribemus e-
8 tiam in ſequentibus. Contrarius† eorundem pragmaticorum, nec tamen diſſimilis error eſt in eo quòd exiſtimant fieri poſſe interdũ vt fideicommiſſariæ hereditatis fructus nulli fideicõmiſſario debeantur, ne quidem à die litis cõteſtatæ, vno ſaltẽ illo caſu, inquiunt, quo fideicõmiſsũ ſuſtineatur per clauſulã codicillarẽ appoſitã in teſtamento, quod per poſthumi pręteritionẽ ignorãter factã ruptum proponatur: propterea quòd hoc caſu fauor poſthumi extraneo præſertim herede inſtituto, ius hoc exigere videatur, vt non ſolùm quartã vnã aut potiùs triẽtẽ pro legitima detrahere filius poſſit, vt aliás euenit cùm purum fideicõmiſſum eſt, ſed etiã Trebellianicam, adeóq; lucretur fructus hereditatis reſtituendæ. Quaſi hoc etiã caſu ſatis iã & ferè plús æquo faueatur fideicõmiſſario in eo quòd heredis inſtitutio defenditur per clauſulã codicillarem hactenus vt flectatur in fideicõmiſſum ab inteſtato relictum. Sic enim aliquãdo tractatum & pronũtiatum fuiſſe ſcio. Non ea mihi nũc quæſtio tractanda eſt, An clauſula codicillaris eo caſu vires vllas habeat quo præteritus ſit poſthumus ignorãter, extraneo præſertim herede inſtituto. Digna e-
9 nim res eſt quæ à nobis ſuo loco latiùs diſcutiatur. Sed tamẽ hoc† nõ poſſum nõ dicere, nulla ratione fieri mihi probabile, vt & duplex quarta ex puro fideicõmiſſo deducatur, & fructus hereditatis fideicõmiſſariæ nulli reſtituantur, ne quidẽ à die litis cõteſtatæ. Iã enim probauimus in ſuperioribus reſtitui omnes debere quotquot percepti ſunt à die moræ, quæ fieri nõ poteſt cũ de fideicõmiſſo vniuerſali agitur, vt nõ ſaltẽ à conteſtationis die contracta intelligatur. Dixi, *cum fideicommiſſo vniuerſali agitur*, quia ſi de legatis tractetur, incerta patrimonij æſtimatio incertũ facit modũ legatorũ, eáq; res iuſtã differẽdæ ſolutionis, adeóque litigãdi cauſſã præbere poteſt heredi, ſi nõ offerant legatarij ſatiſdationẽ quæ debetur ex edicto, Si cui plus quàm per legẽ falcidiã, *l.3.*D.*de vſur.* quam nos interpretati ſumus *lib.7.Coniect cap.1.* Denique iuſta litigandi cauſſa excuſat ac impenſis, quoniã earum cõdemnatio nõ niſi in pœnam temerè litigãtis irrogari ſolet, ex *l.qui ſolidum* 78.*§.1.de leg.* 2. Sed non recuſat à fructibus qui naturalium acceſſionum iure ſequuntur rem ipſam quæ debetur, aut adiudicatur, niſi cùm excuſat etiam à mora, eo nimirum caſu quo fructus ex die duntaxat moræ præſtandi ſunt.

ERROR

ERROR SECVNDVS.

De dote quam pater nubenti filiæ pro legitima dedit.

SVMMARIA.

1 *Dos filiæ nubenti data à patre, loco legitimæ eſt ex pragmaticorum ſententia.*

2 *Filiæ viuo patre nulla legitima deberi dariue poteſt, contra pragmat.*

3 *Legitima quid.*

4 *Improbus eſt quiſquis ſollicitus eſt de ſucceßione viuentis.*

5 *Legitima non hereditatis quota eſt, ſed bonorum quæ moriens pater reliquerit.*

6 *Portio bonorum, quam ex iuſta cauſa, puta dotis pater filiæ prorogat legitima dici nequit.*

7 *Legitima portio non eſt, quæ non eſt certa.*

8 *Differre dotem in legitimam imputari, & dotem legitimæ loco eſſe, contra pragmaticos.*

9 *Differentiæ inter dotem & legitimam.*

VOX eſt digna ſanè pragmaticis, Dotem † quę filię nubēti data eſt 1
à patre loco legitimæ eſſe, tùm etiā cùm ſimpliciter data eſt, multò magis, ſi vt ferè sēper fit, pro omni legitimę iure data proponatur. Nihil enim † dici poteſt à vera rectáque iuris ratione alie- 2
nius. Siquidem certiſſimi iuris eſt legitimā viuo patre nullā filię
deberi, nec ſi pater maximè nolit, fieri tamen vllomodo poſſe vt vllo caſu debeatur. Nā quid aliud obſecro eſt legitima, † niſi portio olim quarta, hodie 3
triens vel ſemis hereditatis ab inteſtato contingentis? Atqui de inteſtati ſucceſſione quæri non poteſt, ſicut nec de teſtamentaria quandiu paterfamiliâs viuit, de cuius bonis agitur, non ea ſolùm ratione quæ ex bonis moribus
ducitur, quòd improbus ſit † & contra ius gentium feſtinare dicatur quiſquis 4
ſollicitus eſt de ſucceſſione viuentis. *l. 2. § interdum.* D. *de vulg. & pupill. ſubſtit. l. donari 29. aliàs l. quidam § donationem.* D *de donat.* ſed etiā quia viuētis hereditas & ſucceſſio nulla eſt, *leg. 1.* D. *de hered vel act. vendit.* Ergo nec fieri po-
teſt vt de filiæ legitima viuo patre quæratur. Accedit quòd legitima † vt pra- 5
gmatici omnes conſentiunt, non hereditatis quota eſt, ſed bonorum: cùm eius ratio ponatur deducto ære alieno & funeris impenſa, *l. Papinianus 8. § quarta autem.* D. *de inoff. teſtam.* Quorum verò bonorum? ſcilicet eorum quæ moriens pater reliquerit, ac proinde ipſo tēpore mortis præciſè inſpecto, *l. cùm quæritur. 6.* C. *eod.* Atqui omnino incertum eſt quæ bona moriens quis relicturus ſit quandiu viuit, cùm in ſingula momenta ditior fieri poſſit & pauperior. Non igitur fieri poteſt vt viuo patre legitima vlla deberi intelligatur, nec ſi pater velit, ſicut neque in patris poteſtate eſt conſtituere
quid quantúmue in bonis relicturus ſit cùm morietur. Fateor poſſe patrem
ex iuſta † cauſa, qualis eſt dotis, certam bonorū ſuorum partem ſiue in pecu- 6
nia, ſiue in rebus aut mobilibus, aut immobilibus, filiæ prorogare, ſi velit, imò verò ex paterno officio cogi vt dotandæ filiæ gratia id faciat, *l. capite 19.* D. *de rit. nupt. l. vlt.* C. *de dote promiſſ.* Sed nego eam portionem dici poſſe legitimam, quia neque ex legibus debita eſt, neque ex comparatione bonorum quæ pater mortis tempore habiturus eſt; ſed eorum quæ tunc ha-
bet, æſtimatur. Denique legitima † portio non eſt quæ non eſt certa, & qui- 7
dem habito reſpectu ad bona mortis tempore relicta. Mortis ergo tempus neceſſariò expectandum eſt, vt legitima illa portio conſtituatur. Fefellit interpretes & pragmaticos, quod à Zenone imperatore conſtitutum eſt in *l.*

Digitized by Google

quoniam.nouella 29.de inoff.teſtam. vt dos à patre data ſi ex ſubſtantia patris
8 profecta ſit,in legitimam imputetur. Sed ſunt † hæc longè diſſimilia, dotem in legitimam imputari,& dotem legitimæ loco eſſe.Prius verum,poſterius falſum eſt.Nam ex eo quod dos in legitimam imputatur, apparet potiùs non eſſe eam legitimæ loco, cùm ſi legitimæ iure cenſeretur, fruſtra de imputatione tractaretur,ſicut nec de illo quæri poſſet, An pecunia quæ poſt patris mortem ſoluta eſſet filiæ pro legitima, imputari, in legitimam deberet,quia proculdubio eſſet loco legitimæ,quamuis non legitima ipſa, quippe quæ in corporibus bonorum,nõ in pecunia debeatur.Idque ita eſſe apparet euiden-
9 tiùs ex iis differẽtiis † quæ inter dotem & legitimam & magnæ ſunt & multę. Dos debetur à viuo patre,legitima nõ niſi à mortuo. Et cõſequẽter dos congrua dicitur habita ratione bonorũ quæ tũ pater poſſidet cũ dotẽ dat, vt diximus,legitima verò nõ poteſt eſſe cõgrua quin ſit ea ipſa portio quæ legib⁹ definita eſt.Ita fit vt congruę dotis quãtitas ante cõſtitutionẽ ſẽper ſit incerta,legitimę portio cõtrà ſit certa ſẽper,etiã priùs quàm à patre definita ſit.Nõ enim ex patris volũtate definiẽda eſt,ſed ex legibus. Dotem vt plurimùm & in dubio congruam facit ſola patris voluntas niſi grandis læſio proponatur, licèt minor ſit ea portione quæ pro legitima deberetur, ſi tùm pater decederet,vt Alexander tractat *conſ.33.num.4.vol.4.*Interdũ etiã conſuetudo regionis,quæ tamen non ſemper congruã dotẽ æſtimat ex congruæ legitimæ cõparatione.Legitimã verò congruã facit ſola lex quę certum modum huic rei conſtituit.Imò,quod magis mirũ eſt,ſi filia quæ dotem minùs cõgruã accepit,futuræ patris ſucceſſioni,adeóq; legitimæ & ſupplemento legitimæ renũtiauerit,licèt placeat excluſã eã eſſe ipſo iure & iuriſiurandi poteſtate, ne legitimam aut legitimæ ſupplementum petere poſſit nihilominus tamen agere poteſt etiam contra viuum patrem vt congruè dotetur, quemadmodum ſi nulla dos eſſet conſtituta, agere poſſet vt dotaretur. Quod tamen falsò diceretur ſi dos etiam data pro legitima iure legitimæ cenſeretur. Ex contrario finge ampliſſimam dotem filię datam eſſe à patre,& quæ excedat longè portionem illam quę patre tum moriente pro legitima filiæ deberetur,puta dimidiam partem bonorum quæ tunc pater habebat,ſi poſteà auctæ ſint patris facultates,nec renuntiatio vlla interuenerit, non eſt ex interpretibus aut pragmaticis qui dubitet quin ſalua maneat & integra petitio ſupplementi legitimæ ex bonis poſteà acquiſitis & mortis tempore in hereditate repertis.Sola enim renuntiatio legitimæ illa eſt quę filię nocere poſſit,quia nec niſi per eam renuntiationem fit vt de futuris quoque bonis & acquirẽdis cogitatum eſſe videatur,vt latiùs à nobis tractatum eſt in Diſputationibus forenſibus, ex *l. ſi quando 35. §. & generaliter* iunct. *l. ſcimus 36. in princ.& §.repletionem C.de inoff.teſtam.*Non poteſt igitur videri dos eſſe loco legitimę,ne tùm quidem cùm dationis tempore inſpecto æquat,adeóq; excedit legitimam.

ERROR TERTIVS.

De filia quæ paterna ſucceſſioni,adeóque legitimæ cum iureiurando renuntiauit.

1 Pactiones de futura viuentis ſucceſſione ſiue de non ſuccedendo iure ciuili non valent ſiue de ſuccedendo ſint.

2 Pactum

2 Pactum de ſuccedendo valet ſi conſenſus interueniat tertij, de cuius ſucceſſione agitur, ex Iuſtiniani conſtit. in l. vlt. C. de pact.

3 Pactum de non ſuccedendo non valet etiamſi fiat cum eo ipſo qui non vult ſibi ſuccedi.

4 Iure tamen Pontificio confirmatur renuntiatio, ſi iuſiurandum interuenerit, ſiue ſucceſſioni, ſiue legitimæ renuntiatum ſit.

5 Generalis ſucceſſionis futuræ renuntiatio non ſufficit ad excludendam legitimæ petitionem.

6 Effectus renuntiationis quâ filia ſucceſſioni, aut legitimæ renuntiauit.

7 Filia quæ renuntiauit à pragmaticis habetur pro mortua aut extranea, atque impunè præteriri.

8 Placiti pragmaticorũ proximè relati refutatio.

PACTIONES † de futuro viuentis hominis ſucceſsione iure 1
ciuili non valent, ſiue de ſuccedendo ſint, ſiue de nõ ſuccedendo, quaſi repugnantes iuri publico, id eſt legibus, quæ & iuris publici partem faciunt, & ſuccedendi ius induxerunt, *l. pactum quod dotali 15. C. de pact. l. pactum dotali 2. C. de colla. l. ſi quando 35. §. illud C. de inoff. teſt. l. fin. D. de ſuis & legit.* Hac vna tamẽ differentia, quòd
pactum† de ſuccedendo valet ſi conſenſus & volũtas interueniat tertij, de cu- 2
ius ſucceſſione agitur, ídque ex Iuſtiniani conſtitutionẽ in *l. vlt. C. de pact.* cõ-
tra iuris ciuilis rationem. Pactum† vero de non ſuccedendo non valet, etiamſi 3
fiat cum eo ipſo qui non vult ſibi ſuccedi, vt ſequenti capite dicemus. Sed ſi
iuſiurandum † interuenerit, placet iure pontificio confirmari renuntiationẽ
propter vinculum & religionem iuriſiurandi *ex cap. 2. De pact. in 6.* non ſolùm 4
ſi renuntiatum ſit ſucceſſioni, ſed etſi legitimæ portioni, dummodò legitimæ
mentio facta fuerit ſpecialis. Generalem† enim ſucceſſionis futuræ renuntia-
tionem non ſufficere certum eſt, ad excludendam legitimæ petitionem, quæ 5
tanquam fauorabilior ſpeciali quodam iure tùm etiam debetur cùm ſucceſ-
ſio ipſa non debetur, *d. l. ſi quando 35. §. & generaliter. C. de inoff. teſt.* Huius ve-
rò renuntiationis† effectus ille eſt, vt filia quæ renuntiauit ſucceſſioni cum iu- 6
reiurando, ſuccedere poſteà non poſſit, quæ verò renuntiauit legitimæ, nec legitimam petere poſſit, nec ſupplementum: non magis quàm ſi renuntiationis tẽpore iam delata ſucceſſio fuiſſet, aut natum ius petendi legitimam vel
legitimæ ſupplementum. Ex quo pragmatici inferunt huiuſmodi† filiam pro 7
mortua, aut extranea habendam eſſe, quia non magis ſuccedere, aut legitimã petere poteſt, quàm ſi iam viuo teſtatore mortua, aut prorſus extranea eſſe proponeretur. Adeò vt ſi iis credimus etiam præteriri impunè poſſit. Sic. n. Bart. in *l. pater filium. ff. de inoff. teſt.* & in *l. 1. §. qui habebat. de bonor. poſſ. con. tab. Bald. in l. vnic. C. quando non petent. part. Paul. Caſt. in l. planè. §. ſi duobus de leg.* 1. Ego verò conſecutionem hanc penitus falſam eſſe, & à iuris ratione alienã
auſim dicere. Certum† enim eſt quod interpretes quoque admittunt, huiuſ- 8
modi omnes renuntiationes ſiue futuræ ſucceſſionis, ſiue legitimæ, aut ſupplementi legitimæ, tacitam habere conditionẽ, ſi ſucceſſio aut legitima deferetur, vt eleganter *Caſtrienſis* tractat ad *l. qui ſuperſtitis 94. D. de acq. hered.* Fieri ſiquidem per rerum naturam non poteſt: nec verò intellectus cogitatione percipi vt excludatur quis ab acquirenda ſucceſſione aut qua alia re, priuſquàm ea delata ſit, & ſicuti delatio præcedit neceſſariò acquiſitionem, ita & repudiationem, aut quod idem eſt, renuntiationem. Vnde fit, vt ſi ſub conditione, vel ex die certa nobis legatum ſit, ante conditionem vel diem certum repudiare non poſſimus, quia nec pertinet ad nos antequàm dies veniat, vel conditio exiſtat, inquit Pomponius in *l. ſi ita ſit ſcriptum 45. §. ſi ſub conditione. de legat. 2.* Hoc verò ſi ita eſt, omnino fit cõſequẽs vt ea renuntiatio nõ impediat delationẽ hereditatis aut legitimæ, ſed tantùm acquiſitionem, ſuccedente

Digitized by Google

ſcilicet poteſtate renuntiationis eo ipſo inſtanti quo delatio fit, vt acquiſitio ipſa impediatur. Quemadmodum dici ſolet, cùm id quod ſub conditione debetur purè quis nouandi animo ſtipulatur, non ſtatim nouationem fieri, licèt pura ſtipulatio aliquid egiſſe videatur, ſed tunc demum cùm conditio extiterit Etenim exiſtens conditio primam ſtipulationem committit, commiſſámque in ſecundam transfert, *leg. quoties* 14. *§.* 1. D. *de nouation.* vbi ex hoc infert Vlpianus, ſi fortè perſona promiſſoris pendente conditione fuerit deportata, ne quidem exiſtente conditione vllam contingere nouationem, quoniam nunc cùm exiſtit conditio, non eſt perſona quæ obligetur. Eadem ergo ratione dicendum eſt, Facta renuntiatione futuræ ſucceſſionis vel legitimæ ſub ea conditione neceſſaria, ſiue expreſſa, ſiue tacita, ſi hereditas aut legitima deferetur, ſi intereà, id eſt, ante conditionem exiſtentem, & viuo patre filia moriatur,nullam vim eſſe renuntiationis, quia non ſupereſt perſona quæ per renuntiationem obligetur, cùm obligatio non priùs poſſit incipere quàm delatio fiat, nec delatio fieri, niſi mortuo patre. Quòd ſi delatio per renuntiationem non impeditur, illud quoque fatendum eſt non poſſe filiam haberi pro mortua aut pro extranea,cui ſucceſſio aut legitima defertur:nō enim præmortuæ filiæ,aut extraneæ perſonæ deferretur.Indéque nimirum eſt,quòd licèt non admittatur ad partem ſiue hereditatis,ſiue legitimæ, facit tamen partem,id eſt computatur in numero liberorum, vt ipſi quoque pragmatici cōſentiunt, & verum eſt, inde etiam quòd nec impunè præteriri poteſt in patris teſtamento,vt diſputabimus D*ecade ſequenti*. Inde denique quòd renuntiatio filiæ non nocet nepoti ſi filia viuo patre deceſſerit, qua pro non facta habetur renuntiatio, cuius conditio numquam extitit. Quod ipſum tamen quia ſuas controuerſias & diſtinctiones habet, pluribus à nobis tractandum & diſputandum erit in ſequentibus.

ERROR IV.

De pacto de non ſuccedendo.

SVMMARIA.

1 *Cur pactum de ſuccedendo non valeat, valeat tamen pactum de non ſuccedendo, pragmaticorum quorundam ratio.*

2 *Diſtinctionis relata & rationis pragmatic. confutatio.*

3 *Vera ratio cur pactum de ſuccedendo aut non ſuccedendo non valeat.*

4 *Alia ratio minùs propria.*

5 *Tertia ratio quæ eſt Papiniani.*

6 *Pactum de non ſuccedendo valere cùm in odium parentum factum eſt, quidam perperam autumant.*

7 *Ratio generalis cur pactiones ſiue de ſuccedendo, ſiue de non ſuccedendo non valeant.*

8 *Differentia inter pactum de ſuccedendo & pactum de non ſuccedendo: & nu.10.*

9 *Species l.vlt.C.de pact.*

11 *Pactio quæ fit inter heredem & legatarios de falcidia non deducenda eſt contra legem falcidiam ſi fiat viuo teſtatore, ſecus ſi mortuo*

12 *Ratio dubitandi d.l.vlt. C.de pact.*

13 *Cur pactum de non ſuccedendo tertio non valeat.*

14 *Vt intelligendum illud, Pactum aliquod fieri contra legem.*

15 *Pacta*

15 *Pacta de ſuccedendo quæ Iuſtinianus valere vult accedente tertij cõſenſu in eum nominatim caſum fiunt, quo ex legibus hereditas defeatur.*

16 *Iure Pontificio probantur etiam pacta de non ſuccedendo, ſi iuſiurandum interuenerit.*

17 *Adeò vt etiam pactio ſi ta quæ nulla accepta dote, paternæ ſucceſſioni, legit. maq. renuntiauit, ſi pragmaticis fides.*

18 *Pactio de non ſuccedendo tertio inter alios facta roboratur iureiurando ſi acceſſerit tertij conſenſus.*

CVM quæritur, an pactum de futura viuentis hominis
ſucceſſione valeat, ſiue de ſuccedendo factum ſit, ſiue
de non ſuccedendo, non ſolent pragmatici diſtinguere,
aut ſi qui ſunt diſtinguant, male & perperam diſtinguunt.
Ea namque diſtinctio † quibuſdam placet 1
vt pactum de ſuccedendo non valeat, quia auffert liberam
teſtandi facultatem ex *lege ſtipulatio hoc modo
concepta* 61. D. *de verborum obligationibus, lege quarta.
Codic. de inutilibus ſtipulationibus. lege, cùm donationis*
34. *Codic. de tranſactionibus*: pactum verò de non ſuccedendo valeat, quia liberã
teſtandi facultatem non modò non reſtringit, ſed etiam ampliat, quippe
quod certum ſit minimè pertinere ad cauſſam ſucceſſionis teſtati, ſed tantùm
ad excludendam ſucceſſionẽ inteſtati. Ita *Capel. Tholoſ. in Deciſionibus*, quæ
diſtinctio† apertè falſa eſt. Vera enim & germana ratio improbandi pacti de 2
ſuccedendo non illa eſt, quam iſti putant, quòd aufferat liberam teſtamenti
factionem, quæ ſanè ceſſaret in pacto de non ſuccedendo. Sed illa potiùs,
quòd ſuccedendi† ius ſit ex iure publico, id eſt ex legibus, ſiue de teſtamenta- 3
ria, ſiue de inteſtati ſucceſſione agatur. Nam vt ſæpius iam à nobis dictum eſt,
lex duodecim tabularum non modò teſtandi licentiam ciui Romano dedit,
ſed etiam hereditatum heredúmque ab inteſtato iura induxit, *l.* 3. D. *qui teſta.
facer. poſſ. l. verbis legis* 120. *l. lege obuenire* 130. D. *de verb. ſignific.* Proinde ius
& iniuria fit legibus, non ſolùm ſi teſtandi libertas pactione aliqua conſtringatur,
ſed etiam ſi per pactum quis impediatur ab inteſtato ei ſuccedere
cuius vel filius ſit, vel proximus agnatus. Ex legibus enim prima liberorum
cauſſa eſt in ſuccedendo: ſi ſuus heres non ſit, agnatus proximus familiam
habere iubetur. Atqui tritum illud eſt, priuatorum pactionibus iuri
publico derogari nec poſſe, nec debere, *l. ius publicum* 38. D. *de pact. l.
Neratius* 20. D. *de relig. & ſumptib. funer. l.* 1. *§. ſi inter* 9. D. *de magiſtr. conuen.
l. quod bonis* 15. *§.* 1. D. *ad l. falcid. l. Cerdonem* 42. D. *de oper. libert.*
Igitur non magis fieri poteſt vt valeant pactiones de non ſuccedendo, quàm
quæ ſunt de ſuccedendo: *l. pactum dotali* 3. C. *de collat. l. ſi quando* 35. *§. illud*
C. *de inoff. teſtam. l. vlt.* D. *de ſuis & legit.* Poſſunt equidem aliæ etiã rationes
adferri, ſed minùs germanæ & propriæ, qualis† illa eſt, quòd improbus eſſe 4
videatur quiſquis ſollicitus eſt de ſucceſſione viuentis, *l.* 2. *§. interdum.* D.
de vulg. & pupill. ſubſtit. Dicitúrque feſtinare contra bonos mores & contra
ius gentium, *l. donari* 29. *aliàs. l. quidam §. donationem* D. *de donat.* Etſi enim
pertinet ea ratio non minùs ad pactiones quæ fiunt de non ſuccedendo
abſenti, quàm ad eas quæ fiunt de ſuccedendo, non tamen ſimiliter
locum habet in eo qui pactus ſit de non ſuccedendo ei ipſi cum quo
paſciſcitur, quia non poteſt videri ſollicitus de viuentis ſucceſſione qui ſibi
ipſi præripit ſuccedendi facultatem. Et tamen non eo minùs verum eſt pa-

5 ſtionem non valere. Sic & ratio† illa qua Papinianus mouebatur ne pateretur valere cōuentionem factam inter patrem & filium de querela inofficioſi teſtamenti numquam per filiū mouenda, quòd meritis potiùs filij ad paterna obſequia prouocandi ſint, quàm pactionibus adſtringendi, vt Iuſtinianus refert in *dicta lege, ſi quando, §. illud. Cod. de inofficioſo teſtamento.* licèt elegans ſit, & recta fauore liberorum, non tamen germana eſt, vt ex eo apparet quod non conuenit parentibus, ſi fortè filius cum parente pactus ſit ne conqueri de inofficioſo filij teſtamento poſſit mater, aut etiam pater, ſi filius emancipatus fuit, cùm tamen perinde improbatæ ſint huiuſmodi pactiones cùm fiunt in odium parentum, atque cùm fiunt in odium liberorum. Non enim minùs fauorabilis eſt cauſa parentum turbato mortalitatis ordine, licèt non tam naturæ iure, quàm ſanguinis & miſerationis ratione liberorum hereditas parentibus debeatur *l. nam etſi* 17. D. *eod. l. ſcripto. 7. §. 1. D. vnd. liberi.* Quamquam non ignoro aliter quibuſ-
6 dam viſum eſſe, exiſtimantibus† pactum de non ſuccedendo valere cùm in odium parentum factum eſt, ex *l. 1. §. ſi parens. D. ſi à parent. quis manum.* Sed longè alia eius loci ſententia eſt, vt non obſcurè quiuis videre poteſt, & nos
7 aliàs pluribus diſſeremus. Illa ſanè ratio† adferri poteſt generalis ad pactiones omnes ſiue de ſuccedendo ſint, ſiue de non ſuccedendo, vt non valeant, quòd fiunt de re quæ in rerum natura non eſt: Neque enim viuentis hominis hereditas vlla eſt, de qua paſciſci poſſis vt ad te aliquando perueniat, vel numquam. *l. 1. D. de hered. vel act. vendit. l. qui ſuperſtitis. 94. de acquir. vel omi. hered.* Sed ſi propiùs inſpicias, eòdem ratio illa recidit quò prima quam attulimus. Ideò enim viuētis hominis hereditas nulla eſt, quia lex ea eſt quæ facit hereditatem eo ipſo inſtanti quo hereditatem defert, non autem defert niſi patrefamilias defuncto, quia nec poteſt: quandoquidem inducendæ hereditatis neceſsitas nō alia fuit, quàm vt eſſet, qui defuncti & domini perſonam repræſentaret vt dominium in heredem continuari poſſet, viuo autem patrefamilias qui ipſe dominus rerum ſuarum eſt, neque neceſſe eſt alium induci qui perſonam ipſius repræſentet, neque fieri poteſt vt inducatur, non magis quàm vt duo eiuſdem rei in ſolidum domini eſſe poſſint. Illud ergo pro conſtanti & indubitato ſit, eodem iure cenſeri pactiones omnes de ſuccedendo & non ſuccedendo, nec has magis, quàm illas valere poſſe. Sed tamen aliquam inter eas differentiam conſtituendam eſſe arbitror, quam neque ex pragmaticis, neque vt puto ex interpretibus quiſquam in hunc vſque
8 diem agnouit Hanc† nimirum, quod ex Iuſtiniani conſtitutione *in l. vlt. C. de pact.* valet pactum de ſuccedēdo, ſi inter duos factum ſit de hereditate tertij, & tertius ille conſentiat, in eâque voluntate ad extremum vſque vitę ſuæ diē perſeueret: Pactum autem de non ſuccedendo ne tum quidem valet iure ciuili, cùm is de cuius hereditate agitur, volūtatem ſuam interponit. Nam ſi Iuſtinianeæ legis verba inſpicias, nulla ibi mentio fit pacti de non ſuccedendo,
9 ſed duæ ſpecies† proponuntur quæ ambæ pertinent ad pactum de ſuccedendo. Prima illa eſt, ſi conuenerit inter plures fortè agnatos aut cognatos vt quæ ad eos perueniet Titij hereditas, certo modo diuidatur, altera, ſi pactum interuenerit vt qui ex pluribus hereditatem aliquam habiturus eſt, ſcilicet ex teſtamento aliquid viciſſim eo nomine cæteris præſtet. Vtraque pactio duplicem habet conditionem, ſi mortuus erit is de cuius ſucceſſione agitur, &, ſi ad eius hereditatem vocentur ij qui paciſcuntur. Vtraque igitur de ſuccedendo

cedendo

cedendo eſt,non de non ſuccedendo.Si verò iuris rationem intueare, euidens hac parte differentia † eſt, & ratio diuerſitatis inter pactionem quæ de 10
ſuccedendo tertio facta ſit,& eam quæ de non ſuccedendo. Cùm pactum ſit de ſuccedendo vt in vtraque illa ſpecie quam Iuſtinianus tractat,nihil ſit cõtra leges ex qua parte ius ſuccedendi legibus introductum eſt. Vtraque enim conuentio fit in caſum delatæ hereditatis, & conſequenter in eum caſum quo legibus ſatisfactum ſit. Legum enim poteſtas, quod ad hereditates attinet in eo tantùm conſiſtit,vt hereditatem deferat, non in eo etiam vt ei acquiratur hereditas cui fuit delata. Nam ſicuti delatio quælibet hereditatis eſt ex lege,ita acquiſitio non niſi ex hominis cui lex detulit, facto ac voluntate.Satisfit igitur legi ſi modò delatio non impediatur, id eſt, dum ne pactione id agatur,vt legis poteſtati in deferenda hereditate occurratur. Quomodo dicimus pactionem† quę fit inter heredem & legatarios de falcidia nõ 11
deducenda eſſe contra legem falcidiam ſi fiat viuo teſtatore, quia nulladum eo tempore legis poteſtas eſt,at nõ eſſe cõtra legem,ſi fiat eo mortuo, *l. quod bonis* 15.§.1.D.*ad leg.falcid.*quia nõ illud legis falcidiæ propoſitum eſt vt heres omnimodo quartam ex legatis deducat, ſed tantùm vt deducere poſſit ſi velit. Illud duntaxat apud Iuſtinianum † faciebat dubitationem vt pactiones 12
non valere videretur,quòd,vt diximus,improba ſit,& ſuſpecta, maliq; ominis & periculoſi euentus plena ſollicitudo illa de hereditate viuẽtis. Sed non putat Iuſtinianus locum id habere cùm is,de cuius hereditate agitur pactionem ſcit & probat,nec voluntatem ſubinde mutat.Nam & iam olim id obtinebat vt non aufferretur tanquam indigno hereditas ei qui viuo patrefamilias de futura hereditate pactus fuiſſet,ſciente teſtatore,ſed illi demùm qui eo ignorante *l. 2.§.vlt.D.de his quæ vt indign.*At cùm † inter Titium & Sem- 13
pronium ſit pactum de non ſuccedendo Mæuio,id eſt,ne Titius proximior agnatus Mæuio quandocũque inteſtato morienti ſuccedat, licèt Mæuius cõſentiat,pactio tamen non valet,non quidem propter improbam illam ſollicitudinem quę ſanè ex Mæuij conſenſu interueniente purgatur, ſed alia ratione quę tota eſt meri iuris,quia fieri nõ poteſt quin ea pactione ſubſiſtẽte legum autoritas violetur quę proximiori agnato deferunt hereditatem.Quid enim aliud paciſcentes iſti agunt,niſi vt quantũ in ſe eſt impediant ne legis poteſtas vlla ſit,id eſt ne agnato proximo hereditas deferatur? Proinde conſenſus Mæuij facere nequit vt pactũ cõfirmetur,quia nec in eius poteſtate eſt facere ne leges in hereditate ſua locũ habeãt,ſiue teſtatus ſiue inteſtatus moriatur.*l.nemo poteſt* 55.*de lega.*1.*l.ius ad agnationis* 34. D.*d.pac.* Dices fortaſſe pro pragmaticis,Pactum quoque de non ſuccedẽdo perinde ac pactũ de ſuccedendo tacitam habere conditionem illam ſi quandoq; hereditas paciſcenti deferetur,vt ſuperiore capite dicebamus. Reſpondeo id non fieri vi & poteſtate pacti,cùm paciſcentium mens vtique talis fuerit vt & ipſa hereditatis delatio,ſi fieri poſſet,impediretur,ſed quia lex ipſa pacto potentior eſt inuitiſque paciſcentibus hereditatem defert aut heredi ſcripto ſi teſtamentum factum ſit,aut agnato proximiori ab inteſtato *d.l.vlt.D.de ſuis & legi.l.*3. *C. de collat.* Quare non eo minùs inutile pactum eſt quòd contrahentium voluntas effectum non ſortiatur.Imò inutile eſt ob hoc ipſum quod contra legem factum eſt,ipſiúſque legis autoritate ſuperatur *l.iuris gentiũ* 7.§.*ait prætor.*7.*l.contra* 28.*D.de pact.l.pacta quæ contra* 6.C.*eod.*Nam cùm dicimus† Pa- 14
ctum aliquod fieri contra legem non illud intelligimus,Facto legem deſtrui

quod fieri numquam poteſt, ſed tale pactum eſſe quod ſi valeret legem deſtrueret, ideóque lex ei reſiſtit vt non valeat, priúſque neceſſe eſt vt lex here-
15 ditatem deferat, quàm delationis effectus impediatur. At pacta † illa de ſuccedendo quæ Iuſtinianus valere vult accedente tertij conſenſu, in eum nominatim caſum fiunt quo ex legibus hereditas deferatur, in iiſque voluntas paciſcentium cum poteſtate legis concurrit, vt hereditas eis ipſis deferatur quibus æquè deferretur, etiamſi pactio nulla interueniſſet. Nec aliter accidere poteſt, quoties inter duos fit pactum de ſuccedendo tertio, vt potiùs dici debeat pactum de diuidendo quàm de ſuccedendo ſi fiat in caſum quo pluribus deferetur hereditas, aut pactum de remunerãdo ſi ille exprimatur caſus, quoad vnum duntaxat ex pluribus eiuſdem gradus agnatis aut cognatis hereditas peruentura ſit. Atque hæc quidem ita, vt diximus, ſe habent iure ciuili, nec Iuſtiniani cõſtitutio pertinet ad pacta de nõ ſuccedendo. Sed tamẽ iure pon-
16 tificio †, totum hoc ius ciuile conturbatum, ne dicam abrogatum eſt, quoties in pactione de non ſuccedendo iuſiurandum interuenit *ca. quamuis pactũ. de pact. in 6.* nec quicquam hodie frequentius eſt huiuſmodi pactionibus, præſertim ad excludẽdas à paterna ſucceſſione adeóque à legitima filias quæ nu-
17 bentes dotem à patre acceperunt. Quamquam interpretibus † noſtris placet, non aliud dicendum eſſe, tametſi filia nulla accepta dote renuntiauerit, dummodò adhibito iureiurando, ſcilicet propter autoritatem & religionem iuriſiurandi, licèt ea res ſoleat præbere materiam reſtitutionis in integrum ex cauſſa in modicæ læſionis, priùs tamen in petiata abſolutione. Illud tamen
18 obſeruandum eſt ita demum prodeſſe poſſe iuſiurandum † ad validandã pactionem inter alios factam de non ſuccedẽdo tertio ſi tertius ille conſentiat: alioqui non haberet locum ratio illa qua põtificius legiſlator mouetur quòd iuramentum hoc non redundet in alterius detrimentum. Redundaret enim in detrimentum tertij qui pactionem ignoraret periculoſi euentus plenam.

ERROR QVINTVS.

De filia quæ paterna ſucceſſioni generaliter non etiam legitimæ ſpecialiter renuntiauit.

SVMMARIA.

1 Filia quæ paterna ſucceſſioni cum iureiurando renuntiauit, ſiue dotem, ſiue nihil à patre acceperit, poteſt nihilominus mortuo patre ad petendam legitimam admitti, ſalua dotis imputatione, ſi interpretibus & pragmaticis fides.

2 Relatæ ſententiæ ratio.

3 Filia etiam dotata & à ſucceſſione propter maſculos excluſa, non tamen excluditur à legitima petitione, niſi ſtatutum ſpecialem legitimæ mentionem fecerit: vt placet pragmaticis.

4 Quibus fulcimentis proximè propoſitum enuntiatum adſtruant pragmatici.

5 Non aliter legitimæ renuntiatum intelligi volunt pragmatici, quàm ſi eius ſpecialis mentio facta ſit.

6 Sententia pragmaticorum filiam excluſam à ſucceſſione per generalem renuntiationem non videri excluſam à legitima refutatio.

7 Sicut renuntiatio generalis impedit acquiſitionem hereditatis, ita & petitionem legitimæ.

8 Explicatio l. ſi quando. §. & generaliter. C. de inoff. teſt.

9 Si quid filio relictum ſit minus legitima cum hac adiectione, pro omni iure legitimæ, & ita vt nihil præterea petere vnquã poſſit, *adiectio pro non ſcripta habetur.*

Quan-

Digitized by Google

10 *Quando & cur renuntiatio ſucceſſionis ſufficiat ad inducendam renuntiationem legitimæ.*

11 *Caſus quibus filio eripitur ſucceſſio, & legitima tamen ſalua relinquitur.*

12 *Caſus quo filiæ, non etiam filio ſalua eſt legitima, reliqua verò ſucceſſio* [illegible] *citur.*

13 *Quarta quæ debetur filio adoptiuo in bonis adrogatoris vt differat à legitima quæ debetur liberis naturalibus.*

4 *Saliceti lapſus.*

CONSENTIENS † interpretum & pragmaticorum omnium, 1
vox eſt, filiam quæ paternæ ſucceſſioni renuntiauit, adhibito, vt fieri ſolet, iureiurando, ſiue dotem, ſiue nihil à patre in eam rem acceperit, non eo minùs tamen admitti poſſe mortuo quandocumque patre ad petendam legitimam aut legitimæ ſupplementum, ſalua dotis imputatione, aut ſi quid aliud acceperit quod ſui natura debeat in legitimam imputari. Sic enim *Boer. quæſt. 3. num. 10. & And. Tir. in l. ſi vnquam. in prin. n. 155. C. de reuo. don.* Cuius ſententię † ratio illa adferri ſolet quòd alia ſint 2
iura legitimę, alia ſucceſſionis, quandoquidē legitima nō ſolùm debetur iure naturę, & veluti æris alieni loco, ſed etiā ita debetur, vt non ſucceſſionis quota ſit, ſed bonorum. Ex quo iidem inferūt † filiam etiam dotatam & à ſucceſ- 3
ſione excluſam propter maſculos non tamē excludi à legitimæ petitione, niſi ſtatutum ſpecialem faciat legitimæ mentionem: vt refert *Antonius Teſſaur. deciſ. Pedemont. 159. nu. 2.* Solet enim † eadē vis eſſe ſtatuti & renūtiationis iu- 4
ratæ ad filiam excludendam, quia vix eſt vt ſtatuto fieri poſſit niſi quod per pactum fieri poſſet. Mouit autem noſtros in hāc ſententiam illa etiam Iuſtiniani conſtitutio quæ extat in *l. ſi quando 35. §. & generaliter. C. de inoff. teſta.* vbi ſcriptū eſt, ſi quādo pater filio minus legitima portione reliquerit, vel aliquid dederit, vel mortis cauſſa donatione, vel inter viuos ſub ea condi[...]ne vt hæc in quartā donationem cōputetur, & filius poſt obitū patris h[...] quod relictum vel donatum eſt agnouerit, fortè & ſecuritatem heredi[...]s fecerit, quod relictum vel datum eſt accepiſſe, non adiiciens nullam ſi[...] ſupereſſe de repletione quæſtionem, nullum ſibi filiū facere præiudiciu[m] ſed legitimam partē repleri, niſi hoc ſpecialiter ſiue in apocha ſiue in t[r]actione ſcripſerit vel pactus fuerit, quòd contentus relicta vel data parte[...] nullam de eo quod deeſt habeat quæſtionē: quo ſolo caſu vult Iuſtini[an]us omni excluſa querela cogi filiū vt paternū iudiciū amplectatur. Ex eo namque noſtri inferunt, nō aliter legitimę † renūtiatū intelligi, quàm ſi ſpecialis mētio legitimę facta ſit: 5
ne tùm quidē cùm legitima iam deberi incipit, id eſt defuncto iam patre. Quanto minùs enim æquum eſt ad legitimam produci generalem renuntiationem, quæ de ſucceſſione tantùm facta ſit eo tempore quo necdū legitima vlla debeatur, nec ciuili iure inſpecto renuntiari legitimæ vtiliter poſſit? Eſt enim illa certè multò odioſior, & conſequenter ſtrictiore digna interpretatione, quia nihil fit cōtra leges, cùm filius eo tempore legitimæ renuntiat quo iam legibus ſatisfactum eſt, id eſt, quo petendæ legitimæ ius habet, ſi modò petere velit. At cōtra leges eſt renūtiatio per quā fit ne ſucceſſio aut legitima portio ex legibus ſuo tempore deferenda vnquam deferatur, vt ſuperiore capite à nobis diſputatum eſt. Mihi verò ſententia † hæc probari num- 6
quam potuit. Poſtquam enim pontificio iure inductum eſt, vt futuræ ſucceſſionis iurata renuntiatio valeat, eiuſq; poteſtate filia quæ renūtiauit ab omni ſucceſſionis, præterquàm teſtamentariæ ſpe & cōmodo excludatur. Planè nō poſſum intelligere qua ratione fieri poſſit vt ad legitimæ petitionē admitta-

tur, quę ab ipſa inteſtati ſucceſſione penitus excluſa eſt. Repugnat enim mera iuris ratio, quę legitimam definit portionem hereditatis, aut partis hereditariæ ab inteſtato cõtingentis. Neq; ſanè defendi iure poteſt. Legitimã vllã deberi ei cui ſuccedendi ius ab inteſtato nullũ ſuperſit *l. poſthumus 6. in princip. & §. 1. D. de inoff. teſtam.* Nec eſt quod obiicias ex iis quæ ſuprà diximus, renuntiationem illam futuræ ſucceſſionis habere tacitam conditionem, ſi ſucceſſio quãdoque deferatur, nec minùs cùm iurata renuntiatio eſt quàm ſi iurata nõ ſit, quia non poteſt iuramentũ facere id poſſibile quod ſui natura eſt impoſſibile, cuiuſmodi illud eſt, vt propter renuntiationem excludatur quis ab acquiſitione hereditatis antequã ſit delata hereditas. Ex quo inferre fortaſſe velis, ſicuti ex ea renuntiatione non impeditur delatio ſucceſſionis, ita neque impediri poſſe petionem legitimæ quę ex totius ſucceſſionis cõparatione certa conſtitui poteſt. Nã reſpondeo rectã duntaxat fore conſecutionẽ, ſi ex eo quod renuntiatio quantumlibet iũrata nõ impedit dilationẽ ſuc-
7 ceſſionis, colligas neq; legitimę delationẽ impediri. Sed quemadmodũ † renuntiatio impedit acquiſitionem ſucceſſionis, quia quo inſtanti defertur hereditas, eo ipſo ſuccedit poteſtas renuntiationis, quæ vires ſuas exerit, vt acquirendi facultatem auferat renuntianti arg. *l. ſi Stichum 8. §. ſi quis ita. & l. quoties 14. D. de nouat. l. ſub cõditione 16. D. de ſolut.* Ita dico prorſus cõſequens eſſe, vt eodem inſtanti quo deferretur alioqui legitima, excludatur filia à legitimæ petitione: quia prius eſt vt quis capax ſit habendæ ab inteſtato ſucceſſionis, quàm vt capax ſit legitimæ conſequendæ, aut certè in eodem temporis momento vtrumque accidere neceſſe eſt. Quod enim ſi teſtamentum [illegible]um factum ſit? Nemo vtique dixerit querelam inofficioſi teſtamẽti competer[illegible] poſſe. Contra quem igitur petitio legitimæ inſtituenda erit per filiam quæ ren[illegible]tiauit? An contra inteſtati ſucceſſorem? At nec hoc quidem vnquam audit[illegible] eſt, non ſolùm quia non aliis petendæ legitimæ ius datur, quàm qui ab in[illegible]ſtato legitimi forent ipſi ſucceſſores, ſed etiam quia inteſtati ſucceſſio ſe[illegible]el per legem delata nunquam recurrit, ſed tota legis poteſtas quæ in defe[illegible]da hereditate verſatur, vnica delatione conſumitur. Recurrere autem neceſſe eſſet, ſi is qui legitimam præſtare nolet, mallet totam inteſtati ſucceſſionem derelinquere. Iam enim alio loco monuimus non eſſe audiendum eum qui legitimam petit, ſi totam hereditatem habere poſſit, eámque repudiet vt legitimam ſolam conſequatur. Neque pro in-
8 terpretum & pragmaticorum errore tuendo facit conſtitutio † Iuſtiniani à nobis relata in *d. §. & generaliter.* Tractat enim eo loco Iuſtinianus caſum illum quo legitima filio debeatur, adeóq; in quo poſſet filius queri de inofficioſo patris teſtamento, eóque per querelam rupto, ipſe ab inteſtato ſuccedere niſi alia pręcedente Iuſtiniani cõſtitutione quę extat in *l. omnimodo 30. C. eod.* cautũ eſſet ne filius cui aliquid vel minimum pro legitima relictũ eſt, poſſit cõqueri de inofficioſo, ſed ad ſupplemẽtum agere cogatur. At nos tractamus de filia quæ per renuntiationem iuratam & iure pontificio adprobatam excluſa ſit, non modò à teſtamentaria patris hereditate, alio ſiue ſuo ſiue extraneo herede inſtituto, ſed etiam, quod magis eſt, ab inteſtati patris ſucceſſione. Iuſtinianus eum caſum tractat, quo nulla prorſus renuntiatio facta ſit, neque legitimæ neque ſucceſſionis. Nos illum quo renuntiatum ſit ſucceſſioni, & quidem eo tempore quo neque dum legitima vlla debeatur, & cœperit fieri non poſſe vt vlla vnquã debeatur. Fateor legitimam quæ ſemel

mel

mel cœpit eſſe debita, id eſt ex quo paterfamilias vita functus eſt, nihil habere commune cum iure ſucceſſionis vniuerſalis, quia non eſt quota iuris, ſed bonorum, id eſt rerum ſingularium, quæ deducto ære alieno in hereditate reperiuntur. Sed hoc contendo, ſi priuſquàm de legitima quæri poſſit, id eſt viuo adhuc teſtatore excludatur à ſpe hereditariæ ſucceſſionis filius aut filia, cui alioquin legitimam ſuo tempore debitam iri certum eſſet, nihil eſſe quod de legitimaria portione tractari ampliùs poſſit. Illud etiã facilè admitto quod noſtri ad Iuſtinianeam legem notant: Si quid filio † aut filiæ relictum 9
ſit minus legitima etiam cum hac adiectione *pro omni iure legitimæ, & ita vt nihil prætereà vnquàm petere poſſit*: idem tamen iuris eſſe debere quod Iuſtinianus in *d. §. & generaliter*, conſtituit, vt quamuis filius aut filia legatum agnouerit, adeóque apocham de eo conſcripſerit, nihilomagis à legitimæ petitione excludatur: quoniam, vt interpretes quoque obſeruarunt, adiectio illa pro nulla & non ſcripta habenda eſt, vt pote quæ non niſi in fraudem legitimæ facta ſit, & contra Iuſtiniani conſtitutionem in *l. quoniam in prioribus* 32. *C. eodem.* Sed nego poſſe ex eo inferri quod pragmatici volunt, renuntiationem † ſucceſſionis non ſufficere ad inducendam legitimæ renuntiatio- 10
nem, ſi renuntiatio facta ſit, priuſquàm legitima deberi cœperit, non quòd legitima in ſucceſſione quaſi pars in toto contineatur (quò pertinent omnes in contrarium pragmaticorum omnium ratiocinationes) ſed in neceſſaria n conſequentiam, quia vt ſæpius dictum eſt, fieri non poteſt vt ei qui à ſpe legitimæ ſucceſſionis omnino excluſus eſt, legitima vlla portio debeatur. Nec ſimile eſt quod aliquando euenire cernimus, vt filio eripiatur † ſucceſſio, & legitima tamen ſalua relinquatur, vt in ſpecie *Au-* 11
thent. ſi qua mulier C. de ſacroſancta eccleſia. id eſt cùm quis monaſterium ingreſſus prior deceſſit quàm bona ſua inter liberos diuiſerit, quo caſu vult Iuſtinianus legitimam ſolam filios percipere, reliquam ſubſtantiam ad monaſterium peruenire: aut cùm filius monitus non impleuit voluntatem patris intra annum, *Authent. hoc amplius C. de fideic.* His enim caſibus non datur legitima ei qui ſit incapax habendæ ſucceſſionis, ſed è contrario relinquitur tanquam debita aut potius iam acquiſita ei qui potuit totam habere ſucceſſionem, ſi pater bona inter liberos diuidere vel ipſe patris voluntati obſequi voluiſſet. Et vt dicam diſtinctiùs, quia conſtitutionum caſus diuerſi ſunt, diuerſámque habentes rationem, Patre monaſterium ingreſſo, non tam incapax ſucceſſionis dicendus eſt filius, quàm nulla eſſe ſucceſſio quæ filio deferri poſſit, quoniã quiſquis monaſterium ingreditur ipſo ingreſſu ſe ſuáque Deo dicare intelligitur. *Auth. ingreſſi C. de ſacroſ. eccleſ.* quàmuis Iuſtinianus fauore liberorum permittat vt etiam poſt ingreſſum ſuperſit facultas diuidendi inter liberos & monaſtrium ex æquis portionibus patrimonij. Legitima tamẽ liberis omnimodo debetur, quia in fraudem liberorum alioqui religionẽ ingreſſus pater videretur, acſi bona ſua omnia viuus alicui donaſſet, niſi quod illo caſu querela inofficioſæ donationis competeret quę non tantùm pro portione legitimæ, ſed in totum reſcinderet donationem. Hoc verò caſu ſola liberis legitima debetur fauore monaſterij & religionis. Cùm autem filius contumax fuit in voluntate patris implenda, auffertur ei ſucceſſio tanquam indigno, legitima tamen non auffertur, quæ ſemel competiit, ſed penes eum relinquitur tanquam ipſi debita ſaltem naturæ, ſi non ſucceſſionis iure. Difficilius enim eſt vt filio legitima portio, quàm vt ſucceſſio

eripiatur, ſed non vt eius acquiſitio impediatur vbi ſpes ſuccedendi abſciſſa
eſt per iuratam renũtiationem, priuſquàm ſucceſſio deferatur. Quod verò ab
Imperatoribus Arcadio & Honorio conſtitutum eſt in *l quiſquis* 5.C.*ad leg.*
12 *Iul.maieſt.* vt eorum ✝ qui læſæ maieſtatis rei & conuicti fuerint, filiabus non
etiam filiis ſalua ſit legitima, reliqua verò ſucceſſio tota fiſco addicatur, propriam & peculiarem habet rationem poſitam cùm in ea ipſa lege, tum etiam
13 in *l.vlt.D.de bon.damnat.* Sanè alia ratio eſſe videtur ✝ quartæ, quam ex diui
Pij conſtitutione habere debet filius adoptiuus in bonis patris adrogatoris. Illa enim debetur ex principali prouidentia, & tanquam æs alienum, non autem ex comparatione ſucceſſionis ab inteſtato ſperandæ. Ideóque nec per querelam inofficioſi teſtamenti petitur quomodo ea de qua agimus, quæ liberis naturalibus in bonis parentum debetur *l. ſi adrogator* 22.D.*de adopt.l.1.*
14 *§.ſi impubere.*D.*de collat.bono.* Nam quod Salicetus ✝ ſcripſit in *Auth. nouiſſima.*C.*de inoff.teſtam.* legitimam dici portionem ſucceſſionis ab inteſtato contingentis, reſpectu quotæ demonſtrandæ potiùs quàm reſpectu ſucceſſionis ab inteſtato neceſſariò requirendæ, falſiſſimum ſanè eſt, nec vllo iuris loco comprobatum.

ERROR SEXTVS.

De caſibus in quibus legitima ei deberi creditur, qui ab inteſtati ſucceſsione per legem aut conſuetudinem exclusus eſt.

SVMMARIA.

1 *Si talliabilis ſine liberis decedat ſuperſtite matre, huic debetur legitima ex ſententia interpretum erronea.*

2 *Ratio d. ſententiæ.*

3 *Matri in bonis defuncti talliabilis nullam deberi legitimam, contra pragmaticos.*

4 *Mater quæ propter non petitum filio impuberi tutorem ſucceſſione inteſtati priuanda eſt, non videtur pragmaticis legitimâ priuanda.*

5 *Erroneum eſſe relatum pragmaticorum placitum.*

HIs quæ proximè diximus, conſequens eſt vt inſignes alios duos pragmaticorum magis quàm interpretum errores refel-
1 lamus. Nam ſi quis dedititiæ ✝ conditionis, &, vt loquuntur, talliabilis homo, & manuſmortuæ deceſſerit ſine liberis, relicta matre ſuperſtite, ita vt in vtilitatem dominij feudalis commiſſa ſit lucrandæ ſucceſſionis ſtipulatio, putant deberi legitimam
2 matri perinde acſi filius extraneo herede inſtituto deceſſiſſet; ratione illa, ✝ quòd licèt ex iure conſuetudinario apud nos receptiſſimo, qui huius conditionis ſunt homines, alium quàm dominum ſucceſſorem habere non poſſint, ſeparata tamen ſunt, inquiunt pragmatici, iura legitimæ & ſucceſſionis: eſſétque duriſſimum auferri matri non modò luctuoſam filij hereditatem, ſed ipſam quoque legitimam portionem, quæ ſanè non minùs debetur aſcendentibus in bonis deſcendentium intuitu pietatis & miſerationis, quàm deſcendẽtibus in bonis aſcẽdentiũ ex voto parentũ & naturali ratione, *l.nam etſi* 17.*D.de inoff.teſt.l.ſcripto* 7.§.1.D.*vnd.liber.l.vlt.*D.*de bon.damnat.* Sed re-
3 ſpondeo, imò verò fieri non poſſe vt ✝ matri debeatur legitima in bonis filij dedititij; non illa ſolùm ratione quam nos in ſuperioribus probauimus, quòd legitimæ

legitimæ habendæ capax non ſit perſona quæ totius ſucceſſionis conſequendæ incapax eſt,maxime ſi neque teſtamento heres inſtitui potuerit (in quo deterioris conditionis eſt mater hæc,de qua nunc agimus,quàm filia quę paternæ ſucceſſioni renuntiauit,quæ inſtitui nihilominus à patre poteſt)ſed etiam quia ſingulare ius eſt feudorum & bonorū feudalium vt à deſcendentibus numquam recurrant ad aſcendentes *cap.1.de natur.ſucceſſ.feud.* Qua de cauſſa nec pragmatici ipſi negant ſi bona tantùm talliabilia proponantur,nō etiam caput defunćti,& aliqua in hereditate bona ſint libera, & vt vocāt, allodialia, legitimam quam matri deberi volunt ex bonis allodialibus, non ex talliabilibus confici debere,ne alioqui feudali domino fiat iniuria, & bonorum conditio violetur. Etſi verò cùm bona nulla filius reliquit niſi talliabilia,durum videtur nullam omnino partem bonorū matri deferri,illa tamen ratio adhuc ſpecialior matri obſtat ne legitimam vllā petere poſſit, quòd eo ipſo inſtanti quo talliabilis moritur,ac proinde illo adhuc viuo (inſtās enim mortis computatur vitę,nō morti,*l.qui duos 18.§.1.de manum.teſtam.l.vlt*.D. *de condit.inſt.*) bona omnia quæ tum habet deuoluuntur ad dominum,commiſſa ſcilicet eo inſtanti ſtipulatione ſiue expreſſa, ſiue per conſuetudinem ſubintellecta De bonis domino acquirendis ſi talliabilem ſine liberis mori contingeret. Certum enim eſſe incipit, mori ſine liberis eum qui quo tempore moritur,nulloſdum liberos habet,etiamſi vxorem habeat de qua dubitetur an pręgnans ſit néne,ſi modò re vera vacuo ventre mulier fuit,*l.ventre* 84.D.*de acquir.hered.* Porrò nemo dixerit legitimā deberi matri in bonis quæ domini ſint,nō filij,licèt ea filius laboribus ſuis quęſierit,licèt namque legitima ſit quota bonorum, non hereditatis, vt ſæpiùs diximus, conficienda tamen eſt ex iis bonis quæ in hereditate defunćti reperiuntur deducto ęre alieno , prorſúſque inauditum eſt vt cuius hereditas nulla eſt,is legitimam vllam aut matri aut alij perſonę debere poſſit. Itaque dominum feudalem anomalum ſucceſſorem vocamus , quia cùm nulla talliabilis defunćti hereditas ſit, non poteſt is videri heres eſſe,aut heredis loco:nec quod tenetur ad æs alienum , ad rem facit.Id enim ob eam cauſſam ſit,quia cùm bona occupet iure quaſi peculij , non aliud in bonis eſſe intelligitur , quàm quòd ſupereſt deducto ęre alieno : nec æquum eſt decipi creditores , qui hominis pro libero ſe gerentis conditionem ignorantes, fidem eius bona fide ſecuti, totúmque ipſius peculium veluti proprium eius patrimonium intuiti ſunt. Et hanc quam defendimus ſententiam,vt matri nulla in bonis defunćti talliabilis legitima debeatur,defendit Guilliclmus Benedićti,licèt non hac qua potiſſimū mouemur ratione adductus,*in repet.cap.Raynutius.in verb.& vxorem.nu.*50.*Extr.de teſtam.poſt Angel.conſ.*105. Alius pragmaticorum noſtrorū error eſt,quòd † ſi maior annis vigintiquinque mater intra annū non pe 4
tierit tutorem filio impuberi,aut ſuſcepta filij tutela ad ſecundas trāſierit nuptias non petito tutore,nec redditis rationibus,ſolutisque reliquis(tria enim hęc eo caſu cōiunćtim requiruntur)putāt ſaluā ei manere legitimæ portionis perſecutionē,quia,inquiunt,lex nō adimit ei nominatim legitimā , licèt adimat omnē defunćti impuberis ſucceſſionē , nec ab inteſtato dūtaxat,ſed etiā ex teſtamēto,ſi fortè pater impuberi filio teſtamētū fecerit per ſubſtitutionē pupillarem *l.mater* 3.*l.omnem* 6.D.*ad SC.Tertyll.l.*2.*§. ſi mater nō petierit.*D. *eo.l.ſciant.*10.*C.de legit.here.*Ego†cōtrà nō ſolùm moueor generalibus verbis legis quæ omnem ſucceſſionem in propoſita ſpecie matri adimit, itémq;

ratione illa etiam generali quòd qui incapax eſt ſuccedendi ab inteſtato, ſit & incapax legitimæ conſequendæ, ſed illa etiam quòd mulieris tãto odio dignæ fauor nullus ſit propter quem huiuſmodi interpretatione debeat adiuuari. Ratio enim legis illa eſt, ob quam priuat matrem filij impuberis ſucceſſione, quòd vitam filij quam præcipuę curæ habere debuit, neglexiſſe videatur, quæ aut tutorem ipſi intra annum non petiit, aut ſuſcepta tutela nec alio priùs petito tutore, nec redditis rationibus ſolutiſque reliquis ad ſecũda vota cõuolauit. Quis namque ferat lucrum eam ſentire ex morte filij cuius vitam neglexerit? At legitima non niſi poſt mortem & propter mortem debetur. Perinde igitur tam æquitatis quàm iuris ratione fatendum eſt legitima æquè ac inteſtati ſucceſſione ex his cauſſis priuandam matrem eſſe. Quod & ante nos ſenſit *Baldus conſ. 140. incip. Viſo teſtamento Henrici. vol. 1. Barbat. conſ. 67. vol. 3. Anton. Gabriel. in commun. opin. lib. 6. tit. De tutel. num 15.*

ERROR SEPTIMVS.

De filia quæ dotem aut quid aliud accepit pro omni iure legitima.

SVMMARIA.

1 *Cùm renuntiatio nulla interuenit, ſed tantùm confeſſio ſolutæ aut conſtitutæ dotis pro omni legitimæ iure, an aliqua legitimæ petitio ſuperſit mortuo ſaltem patre.*

2 *Pragmaticorum quorundam ſententia negans.*

3 *Sententiæ pragmaticorum refutatio, in qua oſtenditur iure Pontificio requiri expreſſã renuntiationem, vt legitima pati nequeat.*

4 *An filia quæ accepta dote promiſit ſe paternæ ſucceſſioni, & legitimæ renuntiaturam, interpoſito iure iurando, nec tamen renuntiauit, hoc ipſo cenſenda ſit excluſa à legitimæ petitione.*

RARO accidit vt nubenti filiæ dos detur, quin ea dotis dandæ cauſſa adſcribatur, vt ſit dos pro legitima, aut, vt notarij exprimere ſolent, pro omni iure legitimæ, & ſupplementi legitimæ: Addunt etiam aliquando & imperitiſſimè pro Trebellianica, licèt ea ſpecies proponatur in qua nec de fideicommiſſo, nec conſequenter de Trebellianica tractari vllomodo poſſit. Sed non ſemper euenit, vt ea renũtiatio adhibeatur, cuius poteſtate fieri iam diximus, cùm iuſiurandum acceſſit, vt à petendę legitimæ iure filia repellatur. Quo tamen caſu, id
1 eſt, cùm renuntiatio † nulla interuenit, ſed tãtùm confeſſio ſolutę aut conſtitutæ dotis pro omni legitimę iure, dubitari interdum ſolet, an aliqua legiti-
2 mę petitio ſuperſit mortuo ſaltem patre. Et pragmaticorum † ſententia eſt, licèt nec omnium, nec peritorum, poſſe verba illa, quæ retulimus ſufficere vt legitimæ renuntiatum videatur, cùm expreſſa legitimæ mentio facta ſit, nec ferè apertiùs potuerit filia paciſci de legitima numquam petenda, quàm accipiendo dotẽ, aut quid aliud pro omni legitimę iure. Vulgatum enim eſt, parũ referre quid ex ęquipollentibus fiat, & in ſtipulationibus omnibus non tam quid dictum, quàm quid actum ſit inſpici oportere. Sed quàm falſa ſit
3 hæc ſententia † iam plus quàm ſatis ex ſuperioribus conſtare arbitror. Non enim renuntiatio hæc ex earum rerum genere eſt quę ex tacito pacto, aut per coniecturas voluntatis induci poſſunt, ſed expreſſam conuentionem deſiderat

ſiderat, expreſſámque renuntiationem, adeóque iuratam vt valere poſsit, cùm iis quoque omnibus interuenientibus non tamen valeat iure ciuili, ſed tantùm pontificio propter vinculum, & autoritatem iuriſiurandi. Nec quæ in contractuum omniũ inſtrumentis clauſula vulgaris adiici ſolet, renuntiationũ generalibus verbis conceptarum, facere poteſt vt expreſſa renuntiatio dici debeat interueniſſe. Pertinet enim clauſula illa ad hoc vt iuribus, & exceptionibus omnibus quæ contractui obſtare poſſent renuntiatũ intelligatur: in propoſito autem ea renuntiatio neceſſaria eſt,per quam fiat pactum de non petenda legitima portione. Prius namque eſt vt ea renuntiatio fiat, quàm vt iuri ciuili, quod eiuſmodi renuntiationes improbat, renuntietur. Nec ſimiliter, quod in cõtractibus omnibus iuſiurandum hodie interponi ſolet, facere debet, vt vel renuntiatio vel iuſiurandũ in renuntiando adhibitum eſſe exiſtimetur.Nã quod vulgò iactatur, iuſiurandum habere vim expreſſi nõ poteſt ad hunc caſum adaptari in quo nec expreſſus conſenſus ſufficit ad filiã excludendã, ſed expreſſa renuntiatione expreſsiſque verbis opus eſt, itémq; iureiurando ad validandã renuntiationẽ quæ alioqui nõ valeret. Nõ enim lege pontificia cautũ eſt, vt iuſiurandum validet contractũ, quo filia cauerit ſe dotẽ aut quid aliud accepiſſe pro legitima, aut vt ex huiuſmodi contractu quantumlibet iurato filia excludatur à legitimæ petitione, ſed ita demum ſi conuenerit expreſſim filia ne poſt patris mortem quicquam pro legitima petere poſſit: déque ea re iuſiurandum interpoſuerit. Eam igitur formam quæ lege præſcripta eſt diſtrictè ſeruari oportet, præſertim cùm ius hoc pontificiũ diſcrepans ſit,&, vt loquuntur, exorbitans à iure ciuili: quod etſi magnã ſacramento autoritatem tribuit, non tamen tantam vt confirmare poſſit pactiones legibus improbatas *l.nõ dubium* 15.*C.de legib.* Ius autem pontificiũ nihil aliud intuetur quàm vtrum ſeruari poſſit iuſiurandum ſine diſpẽdio ſalutis æternæ: quod cùm euenit,maiorẽ vim eſſe vult iuriſiurandi ad pactionẽ validandã,quàm legũ per quas alioqui pactio infirmatur.Sed vt legi pontificiæ minùs fauorabili locus eſſe poſsit, ea omnia interuenire neceſſe eſt quæ lex requirit, id eſt renuntiationẽ, eámque iuratam.Abſurdúmque fuerit hoc caſu iuſiurandũ quod ſuas vires & cõditiones habeat, id eſt, quod ita demùm lex pontificia ſufficere voluerit ad filiã excludendã ſi renuntiatio præceſſerit, dicamus habere etiã vim inducendæ renuntiationis quæ re vera nulla præceſſerit. Denique iuſiurandũ ſupplere poteſt defectũ iuris, vt interpr. loquuntur, ſed quod in facto deeſt, ſupplere numquã poteſt. Quinimò ciuili interpretatione enitendũ eſt quantũ licet vt iuſiurandũ in cõtractu adhibitũ eaſdem conditiones recipiat, quas cõtractus ipſe cui adiicitur, vt noſtri notant ex *l. vlt. C. de non num. pec.* Adeò autẽ verum eſt requiri expreſſam renuntiationẽ, vt dubitatũ ſit, an filia quæ accepta dote promiſit ſe paternæ ſucceſsioni adeóq; legitimæ renũciaturam,interpoſito etiam iureiurando, nec tamen renuntiauit, hoc ipſo cenſenda ſit excluſa ne legitimam petere poſſit, perinde acſi renuntiaſſet. Occurrit enim,quod longè aliud eſt,ſi quis renuntiet aliud, ſi promittat ſe renuntiaturum: ſicut aliud eſt donatio aut venditio, aliud promiſſio de donando vel vendendo, vt Bart.tractat ad *l.vlt.D.de cond.ind.cauſ. dat.* Neque videtur ex ea promiſſione alia naſci actio quàm perſonalis ex qua cogi poſſit is qui promiſit vt renuntiet. Ac ſanè ita eſt, ſi ſimplex, non ſi iurata ſit promiſſio. At cùm acceſſit iuſiurandum, quod omnimodo ſeruandum eſt, dicimus haberi renuntiationem pro facta vt circuitus vitetur,quemadmodum tractat *Beer. Deciſ.*

3,& vt vtar verbis Iureconſulti in *l.3.§.penul.de donat.int.vir.& vxor.* celeritate coniungendarum actionum vna occultatur, quoniam nihil intereſt eius qui iurauit an excludatur per renuntiationem, an citra renuntiationem, cum ad effugiendum periurium excluſionem re vera & cum effectu ſubſequi ſit neceſſe, idque nimirum eſt quod noſtri dicunt, huiuſmodi promiſsionem habere effectum renuntiatiuum acſi realiter & actualiter de præſenti facta eſſet renuntiatio. Cæterùm ex eo apparet ſolam dotis promiſsionem, adeóque perceptionem pro iuribus omnibus quantumuis iurata ſit, non poſſe vim habere renuntiationis. Alioqui non video quis locus quæſtioni relinqueretur eo caſu quo promiſsio interueniſſet de renuntiando, ſiquidem euidentiſſimum eſt filiam quæ accepta dote promiſit ſe legitimæ renuntiaturam, hoc ipſo pluſquàm apertè & enixè profiteri, dotem ſibi pro omnibus legitimæ iuribus datam eſſe. Proinde ſi ea profeſſio iurata ſufficeret ad filiam quaſi ex renuntiatione excludendam, ſuperuacua eſſet, & otioſa quæſtio, an accedentem promiſsionem de renuntiando pro vera & efficaci renuntiatione haberi oportet.

ERROR OCTAVVS.

De filia qua paterna ſucceſsioni & petitioni legitima renuntiauit, an partem faciat in legitima computatione.

SVMMARIA.

1 *Filia qua legitimæ portioni renuntiauit, interpoſito iureiurando, non admittitur ad partem legitima petendam, mortuo quandocunque patre.*

2 *Nec ea etiam qua paterna ſucceſsioni renuntiauit, licet ſpecialem legitima mentionem nullam fecerit.*

3 *An filia qua non admittitur ad legitimam, faciat partem in legitima computatione.*

4 *Sententia interpp. & pragmaticorum negans, eiúſque fulcimentum.*

5 *Sententia ſuperioris & rationis qua nititur confutatio.*

6 *Filia qua renuntiauit non rectè comparatur exheredata; nec exheredata pro mortua haberi debet. & num.8.*

7 *Differentia inter exheredationem & renuntiationem.*

9 *Filia qua accepta dote, renuntiauit legitima, partem facit in computatione legitima ex veriori aliorum pragmaticorum ſententia autori probata.*

10 *Caſus quo ſuprà relata ſententia falſa eſt.*

11 *An filia ſtatuto excluſa à legitima fauore maſculorum faciat nihilominus partem in computatione legitima.*

12 *Non tam heredi, quàm hereditati adcreſcit portio filia renuntiantis.*

13 *Differentia inter excluſionem ex renuntiatione, & excluſionem ſtatutariam.*

14 *An faciat partem filia qua paterna ſucceſsioni adeóq; legitima renũtiauit, nec tamen dotem, aut aliud quicquam à patre accepit.*

IAM diximus, filiam † quæ legitimæ portioni renun- 1
tiauit, interpoſito, vt ſit, iureiurando, non admitti ad
partem legitimæ petendam, mortuo quandocun-
que patre: imò nec eam † quæ paternæ ſucceſſioni re- 2
nuntiauit, licet ſpecialem legitimæ mentionem nul-
lam fecerit propter vim renuntiationis iuratæ, idque
ex autoritate pontificiæ conſtitutionis in *cap. Extr. de*
pact. in 6. Supereſt vt de illo videamus, an filia † nec 3
quæ non admittitur ad partem, nihilominus fa-
ciat partem in legitimæ computatione, id eſt, an eius perſona numere-
tur in partibus faciendis quomodo Vlpianus loquitur *in §. vltim. l.* 1. *D. de*
collat. bonor. Vt. ſ. tanto minor ſit portio quę legitimæ iure cæteris fratribus
debetur, qui non renuntiarunt. Et non deſunt ex interpretibus † & pragmati- 4
cis qui putent non poſſe partem facere, quia cum per renuntiationem ſit
excluſa penitus, nec tantùm à cõmodo, ſed etiam à ſpe legitimæ vnquam con-
ſequendæ, nullum inſtans eſt in quo verè dici poſſit legitimam huic filiæ de-
bitam eſſe: propter quam cauſſam receptum eſt vt pro mortua & extranea ha-
beatur, ideóq; & impunè præteriri poſſit, quomodo tractat *Bart. in l. pater fi-*
lium. D. de inoff. teſt. & in. l. 1. *§. qui habebat. D. de bon. poſſeſſ. cont. tab.*
Bald. in l. vnic. C. quando non petent. part. Caſtrenſ. in l. planè 34. *§. ſi duob. de*
leg. 1. Sed nos rationem hanc, † & conſequenter ſententiam quæ hæc ra- 5
tione nititur, iam refutauimus ſupra *cap.* 3. cum probauimus huiuſmodi
renuntiationes ſiue futuræ ſucceſſionis, ſiue portionis legitimæ tacitam ha-
bere conditionem, ſi quandoque ſucceſſio aut legitima deferetur, quia non
poteſt fieri vt vtilis ſit renuntiatio quantumuis iurata niſi in eum caſum,
quo ſi renũtiatio nulla eſſet, deberi ſucceſſio aut legitima portio poſſet. Quid
n. proſit factam ab ea renuntiationem, cui etiamſi non renuntiaſſet, nihil
vnquam iuris delatum fuiſſet? Quod ſi renuntiatio delationem non im-
pedit, illud omnino conſequens eſt, vt neque poſſit facere quominùs
filia computetur in numero liberorum, aut pro mortua vel penitus ex-
tranea habeatur, quandoquidem certum eſt, neque mortuę filiæ, neque
extraneę perſonę deferri poſſe inteſtati patris hereditatem aut legitimam
portionem: nec diſſimilis aliorũ error eſt, qui vt filiam hanc † quę renuntia- 6
uit, habeant pro mortua, comparant eam exheredatæ non dubitantes quin
perſona exheredata pro mortua haberi debeat ex *l.* 1. *§. ſi pater emancipatus.*
De coniung. cum emancip. liber. eius. Vtrumque. n. falſum eſt, & filiam quę
renuntiauit comparandam eſſe exheredatæ, & exheredatam pro mortua
haberi debere. Non rectè comparatur exheredatæ propter multas differentias
quæ inter renuntiationem & exheredationem notari poſſunt, quarum
illa maximè ad rem noſtram pertinet, quòd exheredatio † vbi ſemel ef- 7
fectum ſortita eſt, excludit filiam in perpetuum. Neque enim in diem
aut ſub conditione, aut in certum caſum fieri poteſt. Renunciationes verò
quæ fiunt per filias etiam dotatas, habent vt plurimum, quomodo noſtri lo-
quuntur, effectũ ſuſpẽſiuũ potiùs quàm præciſũ, ſiue factæ ſint fauore maſcu-
lorũ duntaxat: quo caſu mortuis poſteà maſculis deſinit vires habere renun-
tiatio, ſiue quod frequẽtius eſt, *ſalua legali eſcheuta*, vt barbarè notarii loquũ-
tur, quibus verbis ſuccedẽdi ius ſaluũ eſt filiæ, quandocũq; defunctis poſteà

iis omnibus qui in eodẽ cũ filia fuerunt gradu ſuccedẽdi. Vt nimirum renũ-
tiatio filiæ cæteris fratribus & ſororibus proſit, non etiam agnatis qui in re-
motiore gradu ſunt, nec eo minùs tamen filiæ præferrẽtur etiã ab inteſtato ſi
non facta eſſet cũ ea adiectione renuntiatio. Facilius ergo eſt vt in legitimæ
cõputatione partẽ faciat filia quæ renuntiauit, quàm quæ eſt exheredata, quo-
niã in quæſtione illa, an qui non admittitur ad partẽ, faciat nihilominùs par-
tẽ, probata eſt noſtris traditio Bartoli *ad l. planè 34. §. ſi cõiunctim. & ad huiuſ-
modi 84. ſi Titio & Meuio. l. ſi duobus 16. in princ. de leg. 1.* diſtinguentis an qui
non admittitur ad partẽ admitti aliquando ſperetur nécne, vt ſi ſperetur, par-
tẽ intereà faciat, ſi non ſperetur, partẽ non faciat. Quã quam videtur mihi ea
diſtinctio vt maximè vera eſſet, de quo alibi tractãdũ erit, ad propoſitã quę-
ſtionẽ non pertinere: Iis enim caſibus quos retulimus, non ſperatur filia vllò
caſu admitti ad partẽ, ſed ad totã ſucceſſionẽ: proinde non eſt, quod intereà
8 illo prætextu partẽ facere poſſe videatur. At neque verũ eſt exhæredatũ † pro
mortuo haberi, cùm neque ius ipſum ſui heredis per exheredationẽ tollatur,
quod per mortẽ vtique tolleretur, vt pluribus nec eleganter diſputauimus
9 *lib. 9. Coniect. cap. vlt.* Verius igitur eſt quod noſtris † quoque pragmaticis ma-
gis placet, filiam quæ accepta dote, aut qua alia re, quæ ſoleat in legitima im-
putari, renuntiauit legitimæ, partẽ facere in legitimæ cõputatione, licèt renũ-
tiauerit cũ iureiurando: nec ferè vllam caſus hic habet dubitationem, quan-
do nec dici poteſt partem non habuiſſe filiam quæ dotem pro legitima ha-
buit. Videtur enim potiùs ex eo tempore quo dotem habuit, legitimam por-
tionem fuiſſe conſecuta. Quod ſi ita eſt, non pertinet caſus hic ad quæſtio-
nem illam, vtrum filia quæ ad partẽ nõ admittitur, faciat partem. Hæc enim
admittitur vtique ad partẽ, quæ iam inde viuo patre partem conſecuta fuiſſe
intelligitur. Nam quid refert viuóne an mortuo patre admittatur? Poteſt ta-
10 men hæc ſententia, meo iudicio, falſa eſſe vno † caſu, ſi fortè proponas deceſ-
ſiſſe patrem ſuperſtitibus quatuor liberis, & præterea filia ipſa quæ renuntia-
uit. Etenim cùm id quod dicimus, filiam quæ renuntiauit partem facere fra-
tribus in legitimæ computatione, eò pertineat vt tantò minor cæteris legiti-
ma debeatur, abſurdũ eſſet ex cõtrario fieri maiorẽ cęterorũ portionẽ ob hoc
ipſum quòd filia quæ renũtiaſſet partẽ fratribus facere diceretur. Ita nãq; fie-
ret, vt in patris odiũ retorqueretur quod ipſius fauore cõſtitutũ eſſet, ſiquidẽ
cũ dicimus filiã quæ renuntiauit facere partẽ, hoc intelligimus, legitimã quæ
omniũ liberorũ vna tãtũ eſt, diuidi debere nõ ſolũ inter alios fratres qui re-
nũtiarũt, ſed inter eos & heredẽ patris, cui ea pars acquiſita eſt quæ citra renũ
tiationẽ ad filiã pertineret. Nõ igitur debet melior eſſe cõditio fratrũ ſorore
partẽ ijs faciẽte, quã ſi nõ faceret. Atqui ſi nõ faceret partẽ, legitima quatuor
liberorũ ex Iuſtiniani cõſtitutione triẽs eſſet, nõ ſemis. Quis ergo fratribus
ſemiſſẽ det pro triẽte ob hoc ſolũ quòd filia partẽ faciẽte, quinque liberi, nõ
quatuor computentur? Illud ſanè fatendum eſt, hoc caſu quo non patimur
augeri legitimam fratrum ex perſona ſororis quę renũtiauit, neque permit-
tendum eſſe vt in eo triente inter fratres diuidẽdo ſoror partem faciat fauo-
re heredis, ſed integrum trientem inter ſolos fratres diuidi debere: alioqui
in eadem ſpecie filia & facere partẽ & nõ facere videretur. Non ſum neſcius,
11 quoſdam ex interpretibus in ea eſſe ſententia, vt exiſtimẽt † filiã quæ ſtatuto
excluſa eſt legitima, ſiue dotem, aut quid aliud, ſiue nihil acceperit, ſi modò
excluſa ſit fauore maſculorum, facere nihilominus partem in computatione
legitimæ

legitimæ ad vtilitatem maſculorũ, vt ſi ſint quatuor maſculi & filia vna, maſculorum legitima ſit ſemis, non triens, idémque ſi quatuor ſint filiæ excluſę, & vnus tantum maſculus. Quæ Pauli Caſtrenſis ſententia eſt *conſ.52. incip. ſuper primo puncto, lib.1.* Sed nemo non videt aliam eſſe rationem excluſionis quæ fit per ſtatutum fauore maſculorum, aliam eius quæ per renuntiationem, tum etiam cùm renuntiatio facta eſt in gratiam maſculorum. Priore caſu fauor maſculorũ, quibus prouidere ſtatutum voluit, non patitur vt propter excluſionẽ filiæ minor fiat legitima maſculorũ, quàm eſſet, ſi filia ad partem admitteretur, ne alioqui inducta ad vnum effectum diuerſum operarentur contrà, *l. legata inutiliter 19. de legat.*1. Poſteriore verò nõ tã de maſculorũ quàm de patris fauore agitur, qui filiã adegit ad renuntiãdum: nec ſi fauore maſculorũ ita fecerit, aliud tamen iuris erit, quia tũ etiã cùm pater id agit vt maſculis ſuis proſpiciat, non eo minùs ſibi ipſi primo loco proſpicere velle intelligitur: filiis verò ſuis in conſequentiã duntaxat, & quaſi ſuis futuris heredibus, & à ſe cauſſam habituris: vt ex eo apparet quòd etiamſi expreſſim fauore maſculorũ pater ſtipulatus ſit renuntiationẽ filiæ, nõ eo minùs tamen poteſt etiã inuitis maſculis filiã capacẽ facere ſucceſsionis legitimæ, ac ſi nunquam renuntiaſſet: quia quod maſculi habent ex pacto & prouidentia patris, poteſt pater iis pro arbitrio auferre, quaſi iis deſtinatum veriùs quàm acquiſitum. Imò verò etiãſi pater filiã, quæ renuntiauit, nouo iudicio ad ſucceſſionem non inuitauerit, non aliter tamen prodeſſe maſculis ea renuntiatio poteſt, quàm ſi ſint heredes patris: quia, vt ſequenti capite dicemus, non tã heredi †ipſi quàm hereditati & ſucceſsioni vniuerſali adcreſcit portio filiæ 12
renuntiantis, ſiue maſculis proſpicere pater voluerit, ſiue generaliter heredi. Portio enim quæ ad filiam erat peruentura, deficere videtur, ideóque in hereditate reperitur. In quo differt † excluſio quæ ex renuntiatione inducitur, ab ea quæ fit poteſtate ſtatuti: quoniam portio filiæ per ſtatutum 13
excluſæ, non tam pro deficiente habetur, quàm pro ablata vt maſculis applicetur quaſi per tacitam ex ſtatuto adiudicationem. Eſt igitur conſequens vt filiæ renuntiatio fauore patris facta, ſicut inducit fauore patris vt filia fratribus partem in legitimæ computatione facere exiſtimetur, ita inducere debeat eodem fauore vt non faciat partem ſi id patri vtilius & fauorabilius videatur. Cur enim melior ſit conditio fratrum ex perſona ſororis quæ per renuntiationem omnino excluſa eſt, quàm ſi ea vel mortua eſſet, vel extranea, vel exheredata? At quid ſi filia† quæ paternę ſucceſsioni adeóque legitimę 14
renuntiauit, neque dotẽ, neque aliud quicquam à patre acceperit? Difficilius videtur vt partem faciat, quæ nec ad partem admittitur, nec quicquam in partis vicem conſecuta eſt. Sed tamen cùm renuntiatio iurata perinde valeat propter vim & autoritatem iuriſiurandi, vix eſt vt quicquam hac parte inter hos caſus interſit, quandoquidem vtraque in ſpecie, id eſt, ſiue aliquid, ſiue nihil à patre acceperit filia vt renũtiaret, æquè excluditur ipſo iure à legitimæ petitione, & æquè renuntiatio tacitã habet conditionẽ ſi hereditas aut legitima portio quãdoque deferetur. Itaque perinde æquũ eſt, ſi iam hanc quæ renũtiauit in fauorẽ & cõmodum patris, facere partẽ, aut non facere, prout ipſi patri heredíve eius cõmodiùs videatur. Illud ſanè intereſt quòd filia quæ nullo accepto renuntiau't faciliùs impetrare poteſt abſolutionem à iureiurando, quaſi, ſine cauſa præſtito, itémque reſtitutionem in integrum ad reſcindendam renuntiationẽ ex cauſſa enormiſſimæ læſionis, quę iuncta cum paterna

reuerentia, &, vt noſtri loquuntur, cum metu reuerentiali inducit vim præſumptam & ſufficientem ad contractus reſciſſionem ex edicti capite, *De eo quod metus cauſſa*, vt noſtri tractant ad *l.1.§.quæ oneranda.D. quar.rer.act.non det.* Sed alius ille tractatus in ſequentem Decadem remittendus.

ERROR NONVS.

De portione filiæ quæ renuntiauit an adcreſcat heredi, an hereditati.

SVMMARIA.

1 *An portio filiæ quæ renuntiauit adcreſcat heredi, an hereditati.*
2 *Heredi adcreſcere ex Guid. Pap. & aliorum ſententia.*
3 *Veriùs hereditati, vt Senatus Sabaudiæ ſtatuit.*
4 *Quantum diſtent ſuperiores duæ opiniones.*
5 *Ratio ſententiæ num.3. allatæ.*

1 PARTEM quam fratribus facit filia † quæ renuntiauit, & quæ non admittitur ad partem, iam diximus nō adcreſcere fratribus, ſed patris lucro cedere, ſiue dotem filiæ aliquam dederit, ſiue nullam. Ea nimirum res pragmaticis errādi cauſſam præbuit, exiſtimantibus † defuncto patre adcreſcere illam here-
2 di patris, vtpote qui in omnia patris iura ſuccedat, eiúſque perſonam repræſentet. Qua in ſententia eſt *Guido Papius Deciſ.* Nos verò cùm melioris notæ interpretibus dicimus † quod & Senatus noſter ſæpius pronuntiauit, adcreſce-
3 re eam hereditati, non heredi. Quantum † autē inter hæc diſtet, ex eo cognoſci
4 poteſt, quòd ſi heres à patre inſtitutus hereditatem poſt mortem ſuam reſtituere rogatus ſit, venit in fideicommiſſum ea quoque portio quaſi hereditaria, quæ tamen vtique non veniret ſi heredi, non hereditati adcreuiſſe diceretur. Certum enim eſt, res heredis proprias etiā, quas ex iudicio & prouidentia teſtatoris habuerit, fideicommiſſo hereditatis non contineri, *l.coherede 41.§.cùm filia.de vulg.& pupill.ſubſtit.l.ſi Titius ex parte 96. de legat.* 3. Adcreſcit † verò ea portio hereditati, quoniam, vt ſuperiore capite diximus, habe-
5 tur pro deficiente, ideóque in hereditate reperitur, mortuo quandocunque patre. Nam ſi diceres haberi pro acquiſita patri ex quo tempore ſtipulatus eſt à filia renuntiante, conſequens fieret, vt non ſolùm ſibi, ſed etiam ſuo heredi ſtipulatus videretur. Paciſcentium namque & ſtipulantium omnium voluntas illa eſſe intelligitur vt non minùs heredibus ſuis quàm ſibi ipſis conſulant, vulg. *l.ſi pactum 9.D.de probat.* Et verò cùm renuntiationes iſtæ, quemadmodum ſæpiùs inculcauimus, tacitam conditionem illam habeant, ſi hereditas, aut legitima portio deferetur, quia nec viuentis hereditas vlla eſt, nec in parentis viui bonis legitima aliqua liberis debetur, fieri nullomodo poteſt, vt ea portio quam alioqui filia citra renuntiationem habitura fuit, & quæ nulladum eſt in rerum natura, patri quæſita videatur ex filiæ renuntiatione. Ergo nec ipſius heredi. Sed cùm renuntiatio vires habere incipiat eo ipſo inſtanti quo hereditas eſſe incipit, id eſt ſtatim atque pater defunctus eſt, non aliud poteſt dici quàm portionem ſiue hereditariam, ſiue legitimariam quæ eo quoque inſtanti deficere incipit, adcreſcere hereditati, & conſequenter in hereditatis reſtitutionem venire, licèt medio tempore acquiratur heredi, ſicut & hereditas ipſa. Nam illa medij temporis acqui

acquiſitio non impedit fideicommiſſum, imò confirmat cùm aditam & acquiſitam eſſe hereditatem neceſſe ſit vt ex fideicommiſſo reſtitui poſſit. Cæterùm in fideicommiſſaria hereditatis reſtitutione venit omne id quod aliquando fuit hereditatis, id eſt moriente demum teſtatore *l. in fideicommiſſaria 18. D. ad S.C. Trebell.* Nec aliud erit tametſi ponas renuntiationem à filia factam eſſe fauore maſculorum eoſdémque maſculos patri ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato heredes extetiſſe. Sicut enim non in poteſtate patris, facere vt renuntiatio vires vllas habeat antequam deferatur hereditas aut ius legitimæ portionis petendæ, nec rurſum vt ea delatio fiat ſe viuo, ita nec facere poteſt, quin ea portio quæ ad filiam erat peruentura adcreſcat poſt mortem ſuam hereditati tanquàm deficiens. Præſertim cùm nec liberis ſuis etiã maſculis ſtipulari poſſit, niſi tanquam heredibus, quia ſiue iis ſe viuo dari ſtipuletur habens eos in poteſtate, ſibi ipſi ſtipulari intelligitur *l. dominus 39. & ſeq. l. eum qui 56. §. qui ſibi & D. de verb. oblig.* ſiue in id tẽpus quo erit mortuus conferat ſtipulationem, extraneis ſtipulari videtur, cùm eo tempore non ſit illos habiturus in poteſtate, non magis quàm ſi ſtipulationis tempore iam emancipati fuiſſent. Itaque ſtipulationem eo caſu impediret iuris regula quæ prohibet ne alter alteri quem in poteſtate non habeat, ſtipulari poſſit.

ERROR DECIMVS.

De trebellianica deducenda ex portione legitima, quæ per filiæ renuntiationem adcreuit hereditati.

SVMMARIA.

1 *An ex portione legitima, quæ per filiæ renuntiationem adcreuit hereditati heres Trebellianicam deducere poſſit.*

2 *Pragmaticorum ſententia negans; ac quibus rationibus ab iis ſtabiliatur*

3 *Sententia relatæ refutatio. & ſeqq. nu.*

4 *Legitima iure in perſona heredis cenſeri non poteſt portio illa, quam pro legitima habitura erat filia ſi non renuntiaſſet. & nu. 6.*

5 *Ineptum eſſet quod pragmatici aiunt in duplicis quartæ detractione primùm legitimam detrahẽdam eſſe, ne per Trebellanicam minuatur.*

QVOD proximè diximus portionem legitimam filiæ quę cum iureiurando renũtiauit adcreſcere hereditati non heredi, ideóque venire in fideicõmiſſariæ hereditatis reſtitutionẽ, nouã inducit quæſtionẽ apud pragmaticos, an ex portione, †ſicut ex 1
reliqua hereditate trebellianicam deducere heres poſſit. Et ſu- 2
btiliores pragmatici putant †non poſſe, moti hac vna ratione quòd legitima portio nullum onus admittat ex Iuſtiniani conſtitutione in *l. quoniam in prioribus 32. C. de inoff. teſt.* Ob ídque ab onere trebellanicæ ſicut & ab alio quolibet debeat eſſe immunis. Nam & ex hac cauſſa, inquiunt, ſolitum eſt cùm de legitima & trebellianica deducenda quæritur, à legitimæ deductione incipere, ne alioqui eueniat vt ea per trebellianicam minuatur. Addunt pro confirmatione, legitimam quæ ex renuntiatione filiæ acquiritur patri, non alio iure penes patrem eiúſue heredem eſſe debere quàm quo eſſet penes filiam ipſam ſi renuntiatio nulla interueniſſet cùm ea ipſa portio ſit, maneátque penes heredem patris ex perſona filię, quę & legitimam videtur conſecuta, præſertim ſi dotem pro legitima acceperit. Ego verò †quãnã iſtæ ſubtilitates ſint, planè non 3
intelligo. Primùm enim nego eam portionem † de qua tractamus quam 4

pro legitima habitura erat filia ſi nõ renuntiaſſet, legitimam dici debere, aut legitimæ iure cenſeri in perſona heredis. Cùm ex contrario nihil niſi deficiens portio ſit, Deficiens,inquam, propter filiæ excluſionem inductam per renuntiationem,ac proinde quæ cum hereditate confuſa reperitur in hereditate tanquam hereditaria. Cui conſequens eſt, vt ſicuti hereditatem ſequitur in eo quod cum tota hereditate venit in reſtitutionem fideicommiſſi, ita trebellianicæ deductionem pati debeat quam & reliqua hereditas tota patitur. Alioqui ſi legitimæ magis quàm hereditatis iure cenſeretur, negandum eſſet venire in fideicommiſſum,quandoquidem certi iuris eſt non poſſe legitimam portionem grauari fideicommiſſo ſaltem poſt ſupradictam Iuſtiniani conſtitutionem in *d.l.quoniam*,ſicut nec fideicommiſſo grauari ab adrogatore poteſt filius adoptiuus in ea portione quam ex Pij reſcripto in bonis adrogatoris habere debet *l.ſi adrogator 22.D.de adopt.* Deinde quod addunt in
5 duplicis † quartæ detractione eum ordinẽ ſeruari vt legitima primùm detrahatur,ne minui eam contingat per trebellianicã,non modò falſum,ſed etiam ridiculum eſt. Eôdem namque res recidit,nec plus minúſve penes filiũ grauatum remanet,ſiue hæc ſiue illa priore loco detrahatur. Finge hereditatem patris qui ducenta debebat,eſſe aureorum mille & ducẽtorum. Si legitimam primùm detrahas,cuius ratio ponenda eſt deducto priùs ære alieno,triens nõ niſi ex mille aureis cõficiendus erit,cõſtabítq; ex trecentis triginta tribus aureis,& tertia parte aurei. Ex reliqua hereditate,quæ computato etiam ære alieno erit aureorum octingentorum ſexaginta ſex cum beſſe aurei, detrahes trebellianicam, id eſt quartam partem conflandam ex ducentis ſexdecim aureis cum dimidio & trigeſima ſecunda particula aurei. Sic aſſequêris vt filius grauatus retineat ex illa duplicis quartæ detractione aureos quingentos & quinquaginta. Ex quibus cùm teneatur ſoluere quartam partem æris alieni, id eſt, quinquaginta pro rata quadrantis trebellianici, ſupererunt quingenti duntaxat aurei quos ſibi habere poſſit.Nunc cõtra finge trebellianicam priùs detrahi.Erit illa trecẽtorum aureorum cum onere tamen ſoluẽdi pro quarta parte æris alieni,id eſt ad quinquaginta vſque aureos. Ex nongentis reliquis detrahe legitimam, priùs deducendum erit quod ſupereſt æris alieni, id eſt, centum & quinquaginta aurei. Ita fiet vt ſuperſint duntaxat ſeptingẽti quinquaginta aurei ex quibus legitima detrahi poſſit. Tertia verò pars eius ſummæ conſtat ex ducentis quinquaginta. Habebit ergo filius pro duplici quarta quingentos & quinquaginta aureos. Atqui iam monuimus debere illum pro quarta parte hereditatis,quã trebellianicæ iure detrahit, paternis quoque creditoribus reſpondere, id eſt, ex ducentis quæ diximus eſſe in ære alieno quinquaginta ſoluere. Non igitur niſi quingentos aureos retinebit:qui ſuperioris calculi exitus fuit.Eôdem itaque, vt dictũ eſt,res recidit. Sicut & quod magis mirum eſt,ſi tota hereditas cum ære alieno,& ipſius quoque æris alieni onus inter filium grauatum & fideicommiſſarium ex æquis partibus diuidatur;vt in propoſita ſpecie, finge hereditatem quam poſuimus eſſe mille & ducentorum,diuidi æqualiter inter filium & fideicommiſſarium, habebit filius ſexcentos aureos,totidémque fideicommiſſarius. Soluto verò ex æquis quoque partibus ære alieno,quingentos aureos filius, totidem fideicõmiſſarius retinebit.
6 Quod verò pragmatici addunt non alio † iure legitimam filię portionem penes heredem patris eſſe debere quàm quo futura eſſet penes filiam ſi non renuntiaſſet, iam ſatis à nobis refutatum eſt, cùm diximus non poſſe

poſſe dici eam portionem legitimã cùm remanet penes heredem patris, quia nec legitima eſſe potuit quandiu pater vixit, nec legitimæ priuilegia nanciſci ex perſona filiæ, quæ ſcilicet eo ipſo inſtanti, quo legitima poſt mortem patris deferri cœpit, excluſa fuit ab eius petitione per renũtiationem vires ſuas eodem momento exercentem. Sed etſi aliquando ius habẽdæ legitimæ perſona filiæ conſtitiſſet, cõfuſione tamen ſublatum extinctúmque vider indeberet, ex quo ius filiæ in perſonam heredis confluxiſſet, quia cùm legitima non niſi ab herede deberi poſſit, fieri certè nequit vt eam ſibi idem ipſe debeat. Alioqui, vt dictum eſt, negandum eſſet venire eam portionem in fideicommiſſum, non magis quàm ſi filia ipſa quæ nihil à patre niſi legitimam habuiſſet, de reſtituenda ea rogata fuiſſet. Et tamen venire eam in reſtitutionem fatentur etiam illi ipſi qui negant trebellianicam ex ea deduci poſſe: neq; verò de trebellianica deducenda quærendum eſſet ſi in fideicommiſſum non veniret. Vt verò in fideicommiſſum veniat, illud facit quòd licèt heredi acquiratur ex perſona patris, in cuius fauorem facta fuit renuntiatio, habet tamen eam heres iure hereditario. Nam & ſi quid vni ex heredibus legatum ſit à teſtatore; dicimus eam partem quidem quam habet iure legati & à coherede non venire in reſtitutionem, ſed eam tamẽ venire quam habet à ſeipſo & iure hereditario, *l. in fideicommiſſaria* 18. *§. vlt.* D. *ad SC. Trebel.* licèt in prælegato aliud ſit, nullâque prælegati pars veniat in reſtitutionem, ex voluntate nimirum teſtatoris qui prælegando rem præcipuam haberi & retineri iuſſit. Nihil enim tam contrarium eſt reſtitutioni, quàm retentio.

ANTONII FABRI IC.

DECAS DECIMATERTIA.

ERROR PRIMVS.

De præteritione filiæ quæ per renuntiationem excluſa eſt à legitima.

SVMMARIA.

1 *Præteritio filiæ per renuntiationem excluſæ ex pragmaticorum ſententia, non vitiat teſtamentum.*

2 *Idémque iuris obtinere ex ſententia Clari, in filia per ſtatutum excluſa à iure petendæ legitimæ fauore maſculorum.*

3 *Ratio vtriuſque pronuntiati ſuprà relati.*

4 *Præteritione filiæ excluſæ per renuntiationem inualidari teſtamentum, contra pragmaticos.*

5 *Renuntiationes filiarum tacitam hanc habent conditionem, ſi quandoque hereditas aut legitima deferetur.*

6 *Delatio præcedit acquiſitionem & excluſionem.*

7 *Differentia inter delationem & acquiſitionem.*

8 *In ſuis heredibus renuntiatio non impedit delationem, nec etiam acquiſitionem, niſi eam quæ fit per immixtionem.*

9 *Filia eſt ſua heres patri etiamſi renuntiauerit.*

10 *Quatenus noceat filiæ renuntiatio iurata patre viuo facta.*

11 *Filiam quæ cum iureiurando renuntiauit exheredatæ, à pragmaticis non rectè comparari.*

12 *Imperitè à pragmaticis huiuſmodi filiam emancipatæ comparari, & emancipatã appellari.*

13 *Idem iuris obtinere in filia excluſa per ſtatutũ, quod in filia excluſa per renuntiationem.*

14 *Teſtamentum in quo præterita eſt filia excluſa, non defendi æquitate Canonica & prætoria.*

15 *Quis ſit effectus eius quod dicitur, Teſtamentum patris ex huiuſmodi filia præteritione ipſo iure nullum eſſe.*

16 *Ex perſona filiæ præteritæ, ius eſſe fratribus, aut agnatis proximioribus dicendi nullum teſtamentum: & cur.*

17 *Caſus quo filia præterita, nec ipſa nullum teſtamentum dicere poteſt, nec ex eius perſona alij.*

1 FILIAM † quæ per iuratã renuntiationẽ excluſa eſt nõ modò ab vniuerſali ſucceſſione, ſed etiã à petitione legitimæ vulgò creditũ eſt ab interpretib⁹ & pragmaticis impunè præteriri poſſe, id eſt, præteritionẽ eius nõ facere vt eo minùs valeat teſtamentum, ſiue à patre qui eam habuit in poteſtate, ſiue à matre proponatur. Ita *Guid. Pap. quæſt.* 295. & 598. Idemque iuris
2 eſſe in filia † quæ per ſtatutum excluſa ſit à iure petendæ legitimæ, fauore maſculorum defendit *Iulius Clarus*, clariſſimus inter Italos pragmaticus *lib.* 3. *ſentent. §. teſtamẽtum. quæſt.* 42. *verſ.* item quæro, ſiue inſtituti ſint maſculi ipſi,
3 ſiue extranei, hac potiſſimùm ratione † quæ vtrique caſui cõmunis eſt, quòd ea perſona cui non debetur legitima, impugnare teſtamentum non poſſit: imò nec ea quæ excluſa eſt à ſucceſſione inteſtati, proptereà quòd iura veniendi contra teſtamentum, communiter regulentur, vt ipſe loquitur, à iuribus ſuccedendi ab inteſtato. Mihi verò ſententia hæc ſemper diſplicuit, viſáque eſt labefactare certam & euidentem iuris rationem: quæ proculdubio nõ
4 patitur † vt valeat teſtamentum in quo præterita fuit filia, quæ non ſolùm teſtamenti, quod ſufficeret, ſed etiam mortis tempore manſit in poteſtate, ſiue ius vetus inſpicias quod toto Pandectarum iure obtinuit, *l. inter cætera* 90. *& tot. tit. de liber. & poſth.* ſiue nouam Iuſtiniani conſtitutionem, quæ hoc amplius induxit vt materni teſtamenti eadem hac parte ratio ſit quæ paterni *Nouell.* 115. *vt cum de appellat. cognoſc. §. aliud quoque capitulum.* Nec quod filia per iuratam renuntiationem excluſa ſit ab inteſtati ſucceſſione, ad rem facit. Hîc enim illud repetendum eſt quod iam ſæpe monuimus, & probauimus
5 in ſuperioribus, omnes huiuſmodi renuntiationes † tacitam perpetuò habere conditionem illam, ſi quandoque hereditas aut legitima portio deferetur, cùm fieri per rerum naturam nequeat, vt priùs quis dici poſſit excluſus
6 ab aliquo iure adquirendo quàm ius illud delatum ſit. Delatio † enim ſicut omnimodo præcedit adquiſitionem *l. delata* 151. *D. de verb. ſignif.* ita & excluſionem vt præcedat neceſſe eſt. Excluſionem namque cùm dicimus, exclu-
7 ſionem acquiſitionis intelligimus, non delationis. Nimirum quia delatio † fit ſola legis poteſtate, acquiſitio autem præterquàm in ſuis heredibus ſola hominis voluntate: non poteſt autem renuntiatio quæ hominis eſt, facere quominùs leges locum habeãt, ſed tantùm id impedire quod lex poſtquam effectum ſortita eſt in deferenda ſucceſſione, relictum vult in poteſtate illius cui ius detulit, id eſt quod ad acquiſitionem pertinet, non quod ad delationem. Sed & cùm in ſuis heredibus idem inſtans ſit delationis & acquiſitionis, imò nec hereditas vlla eſſe intelligatur. *l. in ſuis* 11. *de liber. poſth.* quia ipſo iure ſunt ſui heredes licèt poſſint abſtinere *l.* 1. *§. qui ſunt in poteſtate D. ſi quis omiſ. cau. teſtam.* adeóque licèt abſtinuerint *l. generaliter* 30. *§. ſed etſi ſuus D. de fideic. li-*
8 *bert.* Planè conſequens eſt vt ſicuti renuntiatio † non impedit relationem à lege faciendam filiæ quæ mortis tempore erit in poteſtate, ita nec impediat acquiſitionem.

acquiſitionem illam quæ mero iure ciuili concomitatur neceſſariò delatio-
nem,ſed eam tantùm quæ ex filiæ arbitrio pendet,id eſt,quæ fit per immix-
tionem,cui contraria eſt abſtentio. Ergo quemadmodum non dicitur eſſe
ſine hærede qui ſuum heredem habet quamuis ſe abſtinentẽ *d.§.ſed etſi ſuus.*
Ita nec eo minus dicẽda eſt filia † ſua heres patri,quòd viuo adhuc eo futurę 9
ſucceſſioni renuntiauerit,ſed perinde habenda quod ad acquiſitionem illam
quæ fit ipſa etiam inuita ex ſola iuris ciuilis autoritate acſi non renuntiaſſet:
at mortuo demum patre duntaxat abſtinuiſſet. Ex quo fit conſequens non
poſſe ea præterita ſubſiſtere teſtamentum. Sed ex eiuſdem iuris regulis ſui
heredis prętteritione nullum & iniuſtũ eſſe. Nihilne ergo, inquies, nocebit
filię renuntiatio quæ viuo adhuc patre facta iam tum valuit propter iuriſiu-
randi autoritatem? Imò nocebit † hactenus vt vim habeat vtilis abſtẽtionis, 10
quę alioqui & citra iuſiurandum vtilis eſſe non poſſet tanquam præmaturè
facta & contra ius publicum,id eſt,contra leges , quæ non patiuntur vt pri-
uatorũ pactionibus vllomodo impediãtur quominùs vires ſuas exercere ſuo
loco & tempore poſſint. *l.ius agnationis* 34. *l.inter debitorem* 42. D. *de pact. l.*
quod bonis 15.§.1 D. *ad leg. falcid.* Ex eóque apparet quàm † malè noſtri filiã 11
quæ cum iureiurando renuntiauit paternæ ſucceſſioni,cõparent exheredatę.
Nam exheredatio vbi ſemel per aditionem hereditatis confirmata eſt, adeò
filiam exheredatam excludit, vt verè dici poſſit nullo inſtanti delatã ei fuiſ-
ſe patris ſucceſſionem, licèt non eo minùs verum ſit quod nos probauimus
lib.9.Coniect.cap.vlt. ſola exheredatione nõ perimi ius ſuitatis. At renuntia-
tio tametſi iurata & propter iuſiurandum vtilis,non obſtat quominus patre
mortuo deferatur ſucceſſio ipſi filiæ quæ renuntiauit, ſed potiùs vt ob hoc
ipſum excludatur filia per renuntiationẽ à iure,quod alioqui haberet ſe im-
miſcendi ab inteſtato , quòd renuntiauit : quia ſi numquam fuiſſet ei delata
ſucceſſio, quod cõtigiſſet ſi aut ante patrẽ mortua,aut à patre ex iuſtis cauſ-
ſis exheredata extitiſſet, rectè diceremus nullo vnquam tẽpore nocuiſſe ipſi
renuntiationem,quandoquidẽ etiamſi non renuntiaſſet,tamen excluſa fuiſ-
ſet non tantùm à iure acquirendæ per immixtionem ſucceſſionis, ſed etiam
ab ipſo iure ſuccedendi per mortem aut exheredationem. Faciunt autẽ lon-
gè imperitiùs pragmatici illi † qui filiam hãc quæ renuntiauit non modò e- 12
mancipatæ comparant , ſed etiam vulgo emancipatam appellant, quaſi non
plus iuris habeat in paterna ſucceſſione,quàm ſi à viuo patre emãcipata pro-
poneretur. Nemo enim dixerit huiuſmodi renuntiatione tolli ius poteſtatis
paternę,quæ nec iuſtis filiæ nuptiis extinguitur, *l.1. §.vlt. D.de liber.exhib.l.*
vlt.D.de agnoſc.& alend.liber. quam tamen certum eſt tolli emancipatione
l.verũ 8.§.1.D. *de iniuſt.rupt.& irrit.fact.teſtam.* De cuius ſentẽtia ſcripſimus
lib.10.Coniect.cap.15. Proinde non ſicut filiæ quæ renuntiauit cum iuramẽto,
defertur nihilominus paterna ſucceſſio ab inteſtato iure ſuitatis,quod ex pa-
triæ poteſtatis iure proficiſcitur(neque enim magis facere filia poteſt ne in-
uita patri ſuccedat,quàm ne ſit in eius poteſtate)ita & de filia emãcipata di-
ci poteſt deferri ei paternam ſucceſſionem ipſo iure, cùm ſi ius ciuile inſpi-
cias,habeatur omnino pro extranea. Etſi verò nouiſſima Iuſtiniani lege cau-
tum eſt vt ſublata ſuitatis,& emãcipationis differẽtia,emancipati ſimul cum
ſuis ſuccedant,non tamen fecit Iuſtinianus,nec verò facere potuit vt eman-
cipati ſint etiam inuiti heredes patri ipſo iure quomodo eſſent ſi numquam
exiiſſent de poteſtate:ſed tãtùm vt poſſint ab inteſtato heredes eſſe ſi velint

Digitized by Google

aditione ſcilicet paternæ hereditatis, non vt ſui heredes ſola retentione *l. ſi patronus* 12. *§. vlt. D. de bon. libert.* nec aliud † iuris eſt in filia, quę per ſtatutum excluditur à patris ſucceſſione, adeóque à legitima, ob fauorẽ maſculorum. Nam & excluſio illi quæ fit per ſtatutum eandem conditionem tacitam recipit, quam excluſio quæ fit per iuratam renuntiationem, illam nimirum, ſi hereditas deferetur, eadẽ ſcilicet iuris ratione id euincẽte. Neque enim fieri poteſt vt maior & potentior ſit vis ſtatuti ad filiā excludendā, quàm iuratæ renuntiationis, nec magis poteſt per ſtatutū quàm per iuſiurandū fieri poſſibile quod per rerum naturam eſt impoſſibile, cuiuſmodi certè illud eſt vt excluſio præcedat delationem. Vtroque igitur caſu concludendū eſt præteritione filię in poteſtate ſiue per renuntiationẽ, ſiue per ſtatutū excluſa ſit, ſiue ab vniuerſali tantùm ſucceſſione, ſiue, vt pragmatici diſtinguunt, etiam à legitima, teſtamentum ipſo iure nullum eſſe. Idque tam euidens eſt, vt nec de-
14 ſint ex pragmaticis qui id agnoſcant & fateantur, ſed ita tamẽ vt ex æquitate canonica, & prætoria teſtamentum defendi velint. Omninò ridiculè. Nunquam † enim teſtāmentū quod iure ciuili nullum eſt, iure prętorio defenditur, vt dicemus inf. cap. 3. Atqui, inquies, iam diximus, & in confeſſo eſt huiuſmodi renuntiationes iuratas valere iure pontificio propter autoritatẽ & vinculum iuriſiurandi, earúmque poteſtate fieri vt quo inſtanti defertur per legem ius ſuccedendi, aut petendę legitimę portionis, ſuccedat vis & poteſtas renuntiationis quę filiam excludat, aliſque ſiue in eodem, ſiue in remo-
15 tiore gradu conſtitutis agnatis viam ſucceſſionis patefaciat. Quis igitur effectus erit eius quod dicimus teſtamentum patris ex huius filiæ pręteritione ipſo iure nullum eſſe? Reſpondeo † quàm maximum effectum eſſe, non quidem ratione ipſius filiæ quę ſanè per renuntiationem aut ſtatutum excluditur à ſucceſſione inteſtati, licèt patrem faciat inteſtatum, ſed ratione heredum, ſiue inſtitutorum ſiue legitimorum. Finge inſtitutum extraneum, aut agnatum remotiorem qui ab inteſtato rem habere non poſſit. Excluſio filię non impediet quominus teſtatore propter ſubtilitatem iuris & caſus neceſſitatem exitum inteſtati faciente, hereditas ſcripto heredi per legem eripiatur, agnatóque proximo deferatur. Finge inſtitutos eo teſtamento alios liberos teſtatoris, ſed ex diſparibus portionibus. Præteritio filiæ quæ nullum ipſi lucrum adferre poteſt, proderit fratribus qui fuerant ex minore portione inſtituti, vt cum cæteris quos pater magis dilexerat, in æquas partes vocentur ab inteſtato. Neque enim nouum eſt vt ex perſona filiæ pręteritæ plus iuris habeant fratres cæteri, quàm filia ipſa. Nam & idem contingeret ſi nullum & iniuſtum teſtamentum filiā pręteritą expreſſo conſenſu poſt patris mortem comprobaſſet, quia non noceret ea adprobatio cęteris quominus aut ab inteſtato ſuccedere, aut bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere, ſi mallent, poſſent, *lege ſi duo* 16. *de legat. præſt, l. ſi duobus* 14. *D. de bonor. poſſeſſ. contr. tab.* Dices, ſi ſubtiliter agere voles, eo demum caſu poſſe alios fratres ex perſona præteriti aut teſtamentum nullum dicere, aut bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere, quo præteritus ipſe ius aliquando habuerit, aut nullum dicendi teſtamentum, aut petendæ contra tabulas poſſeſſionis, in propoſito autem nullum inſtans eſſe, quo filia pręterita, quę per iuratam renuntiationem, aut per ſtatutum excluſa eſt, poſſit dicere nullum teſtamentum patris, ſiquidem, vt diximus, eodem inſtanti fit vt & ſucceſſio filiæ deferatur, & ipſa excluſionis poteſtate

poteſtate ſuccedere prohibeatur, *arg. l. ſi Stichum* 8. §. *ſi quis ita.* & *l. quoties* 14. §. 1. D. *de nouat. l. ſub conditione* 16. D. *de ſolut.* Ita ſanè eſt: nec à nobis vllus iuris locus quærendus eſt ex quo errorem illum interpretum, quem nos refellimus, conuincamus. Fuit enim toti iuriſprudentiæ incognitum, & inauditum ius illud quo vtimur, vt valeret pactio quantumlibet iurata, per quam filia viuo adhuc patre ab ipſius quandocunque morituri ſucceſſione excluderetur. Hoc enim iure primùm pontificio inductum eſt ſola iuriſiurandi veneratione contra iuris ciuilis rationem. Sed tamen ea ipſa iuris ratio quæ etiamnum ſupereſt, cogit omnino, vt fateri neceſſe ſit quod volumus, ex perſona †filiæ præteritæ ius eſſe fratribus, aut poſt fratres agnatis proximioribus 16
dicendi nullum teſtamentum, licèt filia ipſa præterita nullo tempore ius illud habuiſſe videri poſſit. Nempe quia re ipſa verum eſt, nec minùs tacente filia quàm ſi conquereretur, nullius momenti eſſe teſtamentum propter ſui heredis præteritionem, adeò vt nec in filiæ poteſtate ſit, facere ne teſtamentum ſit nullum non magis quàm vt in patris teſtamento leges locum non habeant. Nam ſi eo quoque caſu, quo in filiæ poteſtate eſt iuri ſuo renuntiare, id eſt poſt mortem patris facta expreſſim teſtamenti iniuſti ádprobatione, nihilominus teſtamentum iniuſtum manet, locúſque fit ſucceſſioni inteſtati commodo aliorum fratrum etiam inſtitutorum, aut poſt fratres agnatorum proximiorum, quibus ſcilicet ius ſemel quæſitum eſt, ex perſona quidem, ſed non ex voluntate filiæ præteritæ, at ſola meri iuris ciuilis poteſtate, quanto magis idem admittendum eſt, illo etiam caſu de quo agimus, id eſt, quo filia præterita iuri ſuo renuntiauit eo tempore quo renuntiare vtiliter non potuit, ſcilicet viuo adhuc patre? Nam ſi dicas captioſam eſſe ratiocinationem, quia iuriſiurandi autoritas faciat vt iam inde à quo tempore facta fuit renuntiatio, vtilis fuerit ad filiam quandoque excludendam. Iam reſpondi ſæpius, valuiſſe quidem ab initio renunciationem, quoniam alioqui non poſſet ex poſt facto conualeſcere, ſed vim eius ſuſpenſam manſiſſe propter tacitam conditionem in id vſque tempus quo ſucceſſio deferretur, hoc eſt, quo pater vita functus eſſet: quo tamen inſtanti non poteſt fieri delatio quin teſtamentum quod reuera nullum eſt pro nullo etiam habeatur. Non enim ex teſtamento deferri poteſt filiæ quæ ipſo teſtamento præterita eſt. Ab inteſtato verò multò minùs ſi teſtamentum ipſo iure valet. Atqui non poteſt effectum habere renuntiatio, quin ipſi filiæ quæ renuntiauit ſucceſſio deferatur. Tantum igitur abeſt vt renuntiatio impediat, ne teſtamentum ipſo iure ſit nullum, vt ex contrario non aliter filiæ nocere poſſit quàm ſi teſtator ad inteſtati cauſſam deducatur, vt legitima ab inteſtato ſucceſſio, cui ſoli renuntiaſſe filia intelligitur, deferri filiæ poſſit. Si teſtamentum in quo filia præterita eſt, non ipſo iure nullum eſſet, ſed tantùm, vt ita loquar, annullandum, filia ipſa conquerente, faterer nihil iuris habituram filiam quæ renuntiaſſet, neque ex eius perſona cæteros qui ab inteſtato heredes eſſe vellent. Eóque demum caſu obtinerent ea quæ ſuprà ex pragmaticorum ſchola obiecimus, ius impugnandi teſtamenti regulandum eſſe ex iure legitimæ ſucceſſionis: & cum qui ab inteſtati ſucceſſione adeóque à legitima excluſus ſit, impugnare teſtamentum non poſſe, ſed cùm ipſo iure nullum ſit, non ſolùm accedente & concurrente filiæ voluntate, ſed etiamſi maximè teſtamentum valere velit, conſequens eſt vt eius approbatio ſiue viuo adhuc patre per iuratam re-

nuntiationem facta ſit, ſiue poſt mortem patris non noceat cæteris quominùs ab inteſtato ſuccedant, adeóque ſint ſui & inuiti heredes, ſaluo bene-
17 ficio abſtentionis, ſi proponas eſſe filios qui in patris morientis fuerint poteſtate. Poteſt autem exemplo fieri hoc illuſtrius. Finge † præteritam à patre filiam emancipatam & inſtitutos ex inæqualibus portionibus alios fratres ſiue in poteſtate, ſiue emancipatos. Conſtat teſtamentum non eſſe nullum ipſo iure, ſed tantùm reſcindi iure prætorio poſſe petita contra tabulas bonorum poſſeſſione. Si poneres filiam hanc aliunde à paterna ſucceſſione excluſam, puta per ſtatutum, aut per iuratam renuntiationem, admitterem hactenus iuri prætorio per conſtitutionem pontificiam fuiſſe derogatum (nam & ſola pontificiæ conſtitutionis authoritas defendere poteſt ea ſtatuta per quæ filia patri ſuccedere prohibetur, ducto ſcilicet argumento à poteſtate pacti ad poteſtatem ſtatuti) vt ex perſona filiæ præteritæ non committeretur edictum, nec cæteri fratres, ſiue inſtituti, ſiue exheredati bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere poſſent, quia verùm eſſet dicere numquam ius illud petendæ contra tabulas poſſeſſionis, filiæ huic competiiſſe: abſurdum namque foret plus iuris habere cæteros ex filiæ perſona, quàm habere filia ipſa vnquam potuerit. Sed ſi ponas filiam illam præteritam non emancipatam fuiſſe, ſed in poteſtate, quæ ſpecies eſt à nobis nunc tractata, aliud planè dicendum eſſe contendam, quia teſtamentum hoc caſu ipſo iure nullum eſt etiam inuita filia, nec neceſſe eſt ad faciendum nullum, vt filia nullum eſſe dicat, aut alius quiſquam ex perſona filiæ quomodo neceſſe eſt vt bonorum poſſeſſio contra tabulas petatur ad reſcindendum teſtamentum quod ipſo iure tenet. Ideóque ſola iuris poteſtas quæ nullum efficit, ſufficit etiam vt ex perſona magis quàm ex iure filiæ quantumlibet excluſæ teſtamentum nullum ſit, taléque maneat, vt quiſquis ab inteſtato proximior eſt perinde ſuccedat ſiue ſui ſiue extranei heredis iure, acſi nullum omnino teſtamentum factum eſſet.

ERROR SECVNDVS.

Si filia quæ accepta dote renuntiauit futuræ patris ſucceſſioni, in ea dote inſtituta ſit.

SVMMARIA.

1 An ſufficiat filiam quæ accepta dote renuntiauit futuræ patris ſucceſſioni, in ea dote inſtitutam eſſe, ne præterita videatur.

2 Pragmaticorum ſententia.

3 Inſtitutionem huiuſmodi filiæ in dote non valere, nec efficere quin præterita dici debeat contra pragmaticos.

4 Dos eſt verè patrimonium filiæ, itaque in ea inſtitui non poteſt.

5 Caſus quo non verè, ſed quaſi patrimonium filiæ dos habetur.

6 Dos eſt in bonis mariti: mulieris quoque eſſe intelligitur.

7 In libris iuris nuſquam reperitur filia in dote inſtituta.

8 Prima Accurſii ratio quæ vult probare dotem proprium filiæ patrimonium non eſſe, ideóque in ea inſtitui poſſe refertur & refellitur.

9 Secunda ratio Accurſii petita ab eo quod in legitima filia inſtitui poſſit, per diſtinctionem inter legitimam & dotem tollitur.

10 Si pater ſecurè teſtari velit, inſtituendam eſſe filiam, aut in legitima, aut in alia quapiam re.

AT quoniam vix euenit vt filia quæ in poteſtate eſt,renunciet
futuræ patris ſucceſſioni,præſertim cũ iureiurando,niſi in ta-
bulis dotalibus,& proinde accepta dote, dubitari poteſt an † 1
ſufficiat filiã in ea dote inſtitutam eſſe ne præterita videatur.
Ad quã dubitationẽ pragmatici † reſpondẽt,trepidè tamẽ,vt 2
ſolent,poſſe eam inſtitutionem ſufficere, ſed meliùs & cautiùs facturum pa-
trem ſi filiam non modò in dote, ſed prætereà in aliqua quantumuis exigua
pecuniç quantitate inſtituat,ne quis dubitationi locus relinquatur,vt cõclu-
dit *Iul.Clar.lib.3.Sentent.§.teſtamentũ quæſt*.44.Ego† contrà,omnia quantũ 3
per ingenioli mei tenuitatẽ facere poſſum ex vera iuris ratione æſtimãs, in-
trepide defendo,inſtitutionem hanc filiæ in dote ſua non valere,nec proin-
de facere poſſe quin prçterita filia dici debeat,acſi nullomodo fuiſſet inſtitu-
ta.Prçteritam enim cùm dicimus,nõ eam intelligimus cuius mentionẽ nul-
lam teſtator fecerit, ſed quæ non,ſicut oportet, inſtituta fuit aut exheredata,
licèt teſtamẽto nominata ſit adeóque ſubſtituta. Quomodo cautũ erat olim,
vt non aliter præteriri poſſet filia poſthuma quàm ſi ei legatum eſſet,ne per
obliuionem magis quàm conſultò prçterita videretur.*§.1.Inſtit.de exh.liber.*
Hanc autem,quæ in ſua dote inſtituta eſt, nego vtiliter inſtitutam eſſe, quia
in re propria non in ea quæ teſtatoris fuit,inſtituta eſt.Lex enim duodecim
tabularum patrifamilias dedit quidem teſtandi facultatem , ſed de re pecu-
niáve ſua,nõ de aliena,*l.verbis legis* 120.*de verbor.ſignific*.In propoſita† verò 4
ſpecie inſtitutam eſſe filiam in re propria,non in ea quæ fuerit teſtatoris, e-
uidenter apparet ex eo quòd dos filiæ promiſſa, nedum data proprium i-
pſius filiæ patrimoniũ eſt,*l.3.§.ſed vtrum.D.de minor*.& à bonis patris abceſ-
ſiſſe intelligitur.*l.1.§.vl.l.vl.*D.*de dot.coll.* ac in ære alieno cõputatur *l. pater
filiam* 14.D.*ad legem falcid.l.pater filia* 70.D.*de euict*.Nec eſt quod cum Ac-
curſio ad *d.§.ſed vtrum*,dicas dotem eſſe quaſi patrimonium filiæ ex *l.in eum*
16.D.*de relig.& ſumptib.funer.* Verè enim patrimonium eſt non quaſi præ-
terquàm vno caſu †, ſi filia quæ in poteſtate eſt,aut emancipata (nihil enim 5
hac parte refert decedat viuo patre : quo caſu cùm dos ad patrem reuerta-
tur quæ à patre profecta eſt,licèt non tam ex iuris ratione quã cõtra iuris ra
tionem intuitu commiſerationis,& pietatis,ne pater & amiſſæ filiæ & pecu-
niæ damnum ſentiat,vt ait *l.iure ſuccurſum* 6.D.*de iur.dot*.nõ poteſt dici filiã
abſolutè dotẽ habuiſſe in patrimonio patre viuo,ad eúmque caſum accõmo-
danda eſt *dicta lex,in eum.* Sed & ex ea cauſſa dicimus intereſſe patris vt filia
dotem habeat,licèt ea ſpes dotis ad patrem reuerſurç per mortẽ filiç,ſit ma-
lè ominoſa *d.l.pater filia*.At nõ inde fit vt perinde dos ſit patris atque eſt fi-
liæ,vt ait *lex cùm dos* 7.D.*de pact.dotal*.Re vera enim eſt filiæ quamuis eue-
nire poſſit vt ad patrem reuertatur.Et verò nullum ius patri in ea dote com
petere quandiu filia viuit,ex eo colligi poteſt quòd toto eo tempore quo fi-
lia nõ ſolùm viuit,ſed etiam in matrimonio eſt,dos† in mariti bonis & do- 6
minio eſt,*§.1.Inſtit.quib. alien. licet vel non.l.dote* 6. *C. de rei vindic.* tametſi
propter caſum reſtitutionis ſoluto matrimonio faciendæ, mulieris quo-
que eſſe intelligatur *lege, quamuis* 75. D. *de iur.dot. l.in rebus* 30.*Cod.eodem.*
Itaque interpoſitum ius mariti facit ne pater dotem filiæ poſſit ſuam dicere
iure patriæ poteſtatis , quia neque ſic poteſt fieri dotis datio,vt dotem pa-
ter det filiæ,ſed marito dari eã tradíque oportet,filiæ tamen nomine *l.Pom-
ponius Philadelphus* 35. D.*famil.erciſcund.* Vnde illud etiam fieret ſi plus hîc

poſſet ratio iuris quàm miſerationis, vt defuncta ſine liberis in matrimonio filiafamiliàs, dos quantumuis à patre profecta non minùs mariti lucro cederet quàm aduentitia, de cuius reſtitutione pactio nulla interueniſſet: quoniam vtroque caſu æquè aptus & habilis eſt iure ciuili titulus dotis ad transferendum dominium in maritum: quippe cui nec alio animo & voto dos datur quàm vt penes eum perpetuò remaneat, *l.1.D.de iur. dot.* vt pluribus ſcripſimus *lib.13. Coniecturarum.* Quod cùm ita ſit, ferè eſt vt filia quæ à patre in dote ſua inſtituta eſt, in re & bonis mariti ſui inſtituta videatur. Quis ergo admittat eam inſtitutionem valere, & efficere debere ne filia ſic inſtituta præteritam ſe conqueri poſſit? Et verò cùm tot in libris noſtris loci ſint, in quibus tractatur de liberis aut inſtitutis, aut inſtituendis, nuſquam tamen reperias filiam † in dote ſua inſtitutam. Reperias ſanè fi-
7 liam exheredatam etiam cui dos à patre data eſſet, vt in *lege Nihil intereſt* 12. *D.de inoffic.teſtam.* Nec me mouent rationes illæ quibus pragmatici poſt
8 Accurſium mouentur vt contrà ſentiant: quòd, inquiunt, † dos à patre data & ex bonis patris profecta in quartam imputetur, *lege, quoniam Nouella* 29. *Cod. de inoff. teſtam.* & à filia cum fratribus ſuccedente tam ex teſtamento quàm ab inteſtato conferatur. *Auth.ex teſtamento. Cod.de collat.* Non enim recta conſecutio eſt ſi quis ex eo inferat, Dotem igitur proprium filię patrimonium non eſſe: ſiquidem ad inducendam imputationem & collationem ſufficit quòd profecta ſit dos ex bonis & ſubſtantia patris, quódque eam habuerit filia tanquam filia, non habitura ſi extranea fuiſſet licet nihil amplius iuris in ea re patri ſuperſit. Quare nec aliud erit etiamſi ponas inter patrẽ & maritum pręſente filia conueniſſe, vt nullo caſu dos ad patrem reuerteretur. Semper enim verũ eſt ob cauſſam datę dotis minùs in hereditate patris reperiri quàm ſi dos nulla data eſſet, ideóq; ſi dos nõ imputaretur, aut nõ conferretur, iniuria fieret ceteris fratribus, qui dote nulla conſtituta tanto locupletiorẽ nũc haberẽt patris hereditatẽ. Nec ſanè ratio vlla ęquitatis patitur vt filia quę dotẽ à viuo patre accepit, habeat eã pręcipuã poſt mortẽ patris: ſatiſq; ei eſſe debet quòd totius eius temporis quo pater vixit fructus in lucro habeat, ſi tamen mulieris lucro imputandum eſt quod maritus ſuo iure percipit, & in oneta matrimonij impendit. Minùs ad rem pertinet alia ratio
9 illa Accurſij † quòd poſſit filius inſtitui in legitima, quãuis legitimã ipſi relinqui neceſſe ſit. Larga enim differẽtia eſt inter legitimam, & dotem. Legitima namque portio non eſt in bonis filij ne quidẽ ſpe, niſi prorſus improba, quãdiu pater viuit: ideóq; nec mirũ eſt ſi in legitima filius inſtitui poſſit à patre, licẽt eam pater filio ex legibus etiam inuitus relinquere cogatur. At dos eſt in bonis filiæ, propriúmq; vt diximus ipſius patrimonium etiã viuo patre, & quamuis imputetur in legitimam, tamen neque legitima eſt, neque
10 legitimę loco cedit, vt probauimus *Decade ſuperiore.* Igitur ſi pater † qui filię nubenti dotem dedit vt futuræ ſucceſſionis renuntiationem iuratam ab ea extorqueret, ſecurè teſtari volet, neceſſe habet vt filiam inſtituat in legitima aut in certa aliqua re aut pecuniæ quantitate pro iuribus legitimæ. Sic enim fiet vt neque præteritam ſe poſſit dicere filia, quam vel in vno nummo inſtitutam eſſe ſufficeret ad implendam teſtamẽti ſollennitatem, neque agere ad ſupplemẽtum quaſi minus legitima ei datum ſit, ſi dote in legitimam, ſicuti fieri debet, imputata tantùm ex bonis patris habere comperiatur, quantum ad explendam legitimam ſit ſatis.

ERROR TERTIVS.

De teſtamento quod per præteritionem nullũ eſt, ex æquitate prætoria defendendo.

SVMMARIA.

1 *Teſtamentum in quo præteritus eſt filius qui teſtamenti tempore fuit in poteſtate, iure ciuili nullius eſt momenti, nec conualeſcit, etiam ſi filius viuo patre moriatur.*

2 *Qua ratione moueantur quidam vt huiuſmodi teſtamentum iure prætorio valere putent.*

3 *Opinionem eorum qui valere negant eſſe veriorem.*

4 *Autores poſterioris ſententiæ non rectè reſpondere ad rationem pro priori allatam.*

5 *Vera reſponſio ad d. rationem, qua docetur quæ & quatenus contra huiuſmodi teſtamentum detur bonorum poſſeſsio.*

6 *Huiuſmodi teſtamentum non conualeſcere iure prætorio, ſi præteritus adprobet iudicium patris ſiue expreſſo, ſiue tacito conſenſu, contra interpp. & pragmat.*

7 *Vera ſententia l. filio præterito. 17. D. de iniuſt. rupt. & irr. fact. teſt.*

8 *Eploditur error pragmaticorum & interpretum iuris ſtatuentium nihil referre an in d. teſtamento probato inſtituti ſint ſui heredes, aut legitimi, an extranei.*

9 *Quàm abſonus ſit alius pragmat. & interpp. error, cùm iis placet valere teſtamentum ex æquitate prætoria, ſi filius ante conditum teſtamentum, vel in ipſo actu teſtamenti conſenſerit præteritioni.*

10 *Quanta ſit prætoris poteſtas.*

11 *Quando filius teſtamentariam patris voluntatem adprobare poſſit.*

12 *In quo conſiſtat vis legum quæ circa ſucceſſiones teſtamentarias aut legitimas verſantur.*

13 *Si poſtumus præteritus viuo patre natus deceſſerit, ſecundum tabulas dari poterit bonorum poſſeſsio.*

TESTAMENTVM † in quo præteritus eſt filius qui teſtamenti 1
tempore fuit in poteſtate, nullius planè momenti eſt iure ciuili, nec ſi filius ille præteritus viuo patre moriatur. conualeſcit quod ab initio non conſtitit, *l. ſi filius* 7. D. *qui teſtam. facer. poſſ.*
Quidam dubitant, an valeat iure prætorio, & putant † valere. 2
propterea quòd cõtra eiuſmodi tabulas dari ſoleat bonorũ poſſeſsio quæ fru-
ſtrà daretur, ſi tabulæ eo ipſo iure non valerent. Cõtraria tamen ſententia ve- 3
rior eſt, & ab interpretibus quoque ac pragmaticis magis cõmuniter probata teſtãte *Iulio Claro lib. 3. ſent. in §. teſtamentũ quæſt.* 43. Nec ignorant vſque adeò nullũ eſſe teſtamentũ vt etiã tacente filio & nõ conquerẽte, nihilominus nullum & iniuſtũ habeatur. Sed non ſatis bene meo iudicio reſpõdent † ad obie-
ctionẽ illam quam diximus fieri poſſe ex iure quod filio præterito adeóq. cæte- 4
ris liberis etiã inſtitutis, prætor dedit, petendæ cõtra eiuſmodi tabulas bonorũ poſſeſſionis. Aiunt. n. illam bonorum poſſeſſionẽ cõtra tabulas dari ad declarandũ teſtamẽtum nullum potiùs quàm ad illud reſcindendum: aut ſi ad reſcindẽdum, reſcindi teſtamẽtũ de facto quatenus de facto proceſſit. Nã ſi nihil aliud habeas quod reſpondere poſſis, perinde inferã, ſi tabulæ ideò nullæ ſint quòd nõ ſeptẽ teſtium ſignis ſint ſignatæ, dicendum eſſe cõpetituram æquè contra eas bonorum poſſeſſionem, vt nullæ declarẽtur: quod tamen conſtat eſſe falſiſſimum, quia eiuſmodi tabulas ſeptem teſtium ſignis non ſignatas certum eſt vſq; adeo nullas adeo eſſe vt tabularum nomen non mereantur. Tabulãs porrò aliquas eſſe neceſſe eſt vt vel ſecũdũ eas vel cõtra eas peti poſſit bonorũ poſſeſsio. Reſpõdere debuerũt pragmatici, nullas † quidẽ eſſe tabu-
las in quibus præteritus eſt aliquis ex liberis qui fuerunt in poteſtate, nec mi- 5
nùs prætorio quàm ciuili iure, quandoquidem ex iis non magis peti poteſt bonorum poſſeſſio quæ cum re & effectu ſit, quàm hereditas adiri: Sed tamen poſſe contra eas peti bonorum poſſeſſionem contra tabulas quoniã datur illa contra lignum, non contra heredem vel bonorum poſſeſſorem. Et vt

Digitized by Google

competat, ſufficit tales eſſe tabulas vt ex iis aliquo caſu potuerit adiri heredi-
tas, aut peti bonorum poſſeſſio , licèt poſteà neutrum ſecutum ſit vel ſequi
potuerit vt eleganter , quanquam ſatis obſcurè ſcriptum eſt in *l. quod vulgò*
19.D.*de bonor.poſſ.contr.tabul.* In propoſito autem ſi tabulæ quæ propter ſui
heredis præteritionem nullæ ſunt ſeptem teſtium ſignis ſignatæ ſint, certũ eſt
dari poſſe bonorum poſſeſsionem ſecundùm tabulas(nihil enim aliud prætor
exigit niſi vt ſeptem teſtium ſigna interuenerint, *l.1. de bon.poſſ.ſec.tab.*)quę
etſi futura eſt ſine re & effectu ſi filius præteritus iure ſuo vti & hereditatem
euincere volet,ſufficit tamẽ ad hoc vt locum facere poſsit petendæ bonorum
poſſeſsioni contra tabulas.Quod non ſimiliter cõtingeret ſi minùs quàm ſe-
ptem teſtium ſigna in tabulis extarent. Neque enim ex iis tabulis bonorum
poſſeſsio dari poſſet ne quidẽ ſine re , nec proinde fieri vllo modo poteſt vt
contra eas aliqua detur, vt pluribus à nobis tractatũ & explicatum eſt (locus
enim ſanè ſuperobſcurus & difficilis eſt) *lib.*1.*Coni.c.* 19. *& lib.*6.*cap.* 14. illud
ſanè ab interpretibus & pragmaticis omnibus malè traditũ creditúmque eſt,
6 teſtamentũ† in quo filius in poteſtate fuit præteritus, conualeſcere iure præ-
torio,ſi præteritus adprobet iudicium patris ſiue expreſſo ſiue tacito cõſenſu,
ex *l.filio præterito* 17.*D.de iniuſt.rupt.& irrit.fact.teſt.*Inauditum .n. eſt à iuris
principiis prorſus alienũ vt teſtamentum quod ab initio omni iure nullũ eſt,
7 poſteà iure aliquo conualeſcat.Longéq; alia Papiniani ſentẽtia† eſt in *d.l.filio*
præterito,quàm eſſe exiſtemetur,illa nimirũ vt filio præterito adprobãte iu-
dicia patris fratres inſtituti perinde teneantur præſtare legata & fideicõmiſſa
acſi teſtamentũ valeret,ſed tamen ab inteſtato non ex teſtamento , cùm tan-
tundẽ ab inteſtato habeant quantũ ex teſtamẽto fuerant habituri, de quo etiã
latè ſcripſimus *dict.cap.*14.*lib.*9.*Coniect.* Vbi præterea refutauimus alium er-
rorem pragmaticorum & interpretum exiſtimantium,quod & Clarus probat
8 ſupradicto loco, nihil intereſſe † an in eo teſtamento quòd à filio præterito
adprobatum eſt inſtituti ſint ſui heredes,aut legitimi, an extranei.Quomodo
enim fieri poteſt vt ab inteſtato hereditatem retineant,& ad legatorum ac fi-
deicommiſſorum præſtationem obligẽtur heredes extranei,qui inteſtati ſuc-
ceſſores eſſe non poſſunt? Itaque non ſine cauſſa tractat Papinianus de ſuis
heredibus inſtitutis,iis verbis *ſi partem fratribus non auocauit.* Sed illud multò
9 ineptius eſt,† quod iiſdẽ pragmaticis & interpretibus placere idẽ Clarus eo-
dẽ loco refert,Si filius ante conditũ teſtamentum vel in ipſo actu teſtamẽti
conſenſerit præteritioni,valere teſtamentũ,nõ quidẽ iure ciuili,ſed ex æqui-
tate,vt aiunt,prætoria. Nã quod rationis loco adferunt , introductum eſſe ob
fauorem filiorum principaliter ne poſſint præteriri,ideóque cõueniens eſſe vt
iuxta iuris regulas poſſint huic fauori ſuo renuntiare, plus quàm ridiculũ eſt.
Quis enim patiatur in poteſtate & arbitrio filij eſſe facere ne leges in teſta-
mento patris locum habeant? Fateor , liberorum fauore conſtitutum eſſe à
lege vt liberos qui in patris poteſtate ſunt,neceſſe ſit à patre reſtitui vel exhe-
redari.Sed nego poſſe liberos remittere ſolennitatem illam quæ ipſis legibus
indicta & inducta eſt.Pertinet enim teſtamenti factio ad ius publicum quod
priuatorum pactionibus nec abrogari , nec immutari poteſt. Nego ius vl-
lum eſſe filij ſiue in bona , ſiue in iudicia patris quandiu pater viuit , ſed eo
demùm mortuo. Neque igitur poteſt ei iuri quod ſibi nondum competit
renuntiare. Alioqui poſſis eodem ratiocinationis genere concludere , per-
mittendum filio vt de ſuo peculio ſiue profectitio , ſiue aduentitio teſtetur ſi
pater

Digitized by Google

pater conſentiat, quia patris fauore principaliter conſtitutum eſt ne filiusfamilias teſtari poſſit. Et tamen nihil in eo facere patris voluntatem conſtat ex *l. tam is* 25. *§. filiusfamilias. D. de mort. cauſ. donat.* Similiter poſſis inferre permittendum heredi, cuius fauore inducta eſt per legem falcidiam retentio quartæ ex legatis, vt teſtatori vltra dodrantem leganti, & legis falcidiæ modum excedenti conſentiat, quod tamen falſum eſſe ait Papinianus in *l. quod bonis* 15. *§.* 1. *D. ad leg. falcid.* vbi rationem reddit, quòd huiuſmodi pactio ſit contra ius publicum, id eſt contra leges quæ ſunt iuris publici. Quo admiſſo, planè conſentaneum eſt vt nullus æquitati prætoriæ in contrarium locus relinquatur. Certum enim eſt prætorem, † licèt multa facere potuerit præ- 10
ter leges, nihil tamen facere potuiſſe aut permittere contra leges, ſed eatenus duntaxat, quatenus per leges liceret, nec prohiberetur, *l. iuris gentium* 7. *§. ait Prætor. D. de pact. l. necnon.* 28. *§. quoad eius. D. ex quib. cauſ. maior.* Voluntatem igitur filij † in adprobando patris teſtamento, quod ipſo iure nullum eſt, tunc 11
interuenire oportet, cùm legi ſatisfactum eſt, id eſt, cùm poſt mortem patris apparet nullum eſſe teſtamentum ob non ſeruatas ſolennitates quæ à lege ſunt præſcriptæ: quo demùm tempore licèt filio iuri & fauori ſuo renuntiare, non quidem vt conualeſcat teſtamentum quod iam ipſo iure nullum eſt, vel inuito eo ſoláque legis poteſtate, ſed vt partem hereditatis quam fratribus auocare poſſet, ſi vellet, nõ auocet, ſed abſtineat, ſicut & filiofamiliâs nullo iure teſtato ſi pater conſentiat vt iniuſtus heres bona quæ in filii peculio fuerunt retineat, lex non repugnat, quia vt legi ſatisfiat, ſatis eſt filii teſtamentum nõ valere. Sic denique ſi heres qui quartam ex legatis per legem falcidiam retinere potuit, malit ſe qui iudicium defuncti & ſolida legata præſtare, vtique ei licet, quia nihil in hoc fit cõtra legem quę iam effectum habuit hoc ipſo quod falcidiæ deducendæ ius heredi detulit. Iã enim alio loco monnuimus, totam vim † legũ quæ circa ſucceſſiones teſtamentarias aut legitimas
verſantur in eo conſiſtere, vt per eas deferatur ſuccedendi & acquirendi ius, 12
etiam inuitis, non etiam vt inuiti ſuccedant ſibíque acquirant extra cauſſam heredum neceſſariorũ. Planè ſi poſthumus † à patre præteritus, viuo patre nõ
natus ſit, ſed etiam deceſſerit, placet ſecundum eas tabulas, licèt ipſo iure nullas poſſe dari bonorum poſſeſſionem, & quidem cum re & effectu, id eſt talẽ cuius commodum heredi ſcripto eripi non poſſit, *l. poſthumus* 12. *D. de iniuſt. rupt.* Sed tamen non eo minus falſum eſt quod interpretes & pragmatici ſomniant, teſtamentum illud de æquitate prætoria reconualeſcere, quomodo loquitur Iulius Clarus in *d. §. teſtamentum, quæſt.* 45. Etſi enim ex prætoris iuriſdictione eſt, vt bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas detur, tamen vt ea poſſeſſio ex teſtamento illo nullo ſit cum re & effectu, non fit ex iuriſdictione prætoris, quæ nec eo vſque progredi potuiſſet, ſed ex reſcripto Diui Hadriani, vt lex ait, quod in eam rem fuit neceſſarium, vt nos etiam docuimus *lib.* 9. *Coniect. cap.* 15. *&* 16. Ex quibus etiam locis alia multa quæ ad hunc tractatum pertinent, peti poſſunt. 13

ERROR QVARTVS.

De filia quæ accepta dote congrua petit ſupplementum legitimæ patre mortuo, ex bonis poſteà quæſitis.

SVMMARIA.

1 *Caſus duplex quo dubitari poteſt an filia quæ accepit dotem congruam ſupplementum legitimæ patre mortuo ex bonis poſtea quæſitis petere poſſit.*

2 *An valeat pactio non iurata filiæ quæ accepta dote promitti ſe non quicquam amplius pro legitima petituram.*

3 *Ratio pro negatiua.*

4 *Sententia pragmaticorum affirmans, & eius fulcimenta.*

5 *Legitimam filius viue patre habere nequit: & cur.*

6 *Cum qua diſtinctione verum ſit illud, Quod in diem debetur ante diem ſolui poteſt.*

7 *Debitum legitimæ eſt incertum.*

8 *Donatio inter patrem & filiumfam. conſiſtere nequit.*

9 *Cur pater dote data filiæ in vicem legitimæ non poßit res dotales quaſi ſuas vindicare.*

10 *Licet filia ſit capax dotis non eſt tamen capax legitimæ viuo patre.*

11 *Falcidiæ & legitemæ comparationem non rectam eſſe, contra pragmaticos.*

12 *Explicatio l. cum quo 56. §. vlt. D. ad l. falcid.*

13 *Quomodo prouidere filio viuus pater poſſit, ne vlla patre defuncto ſuperſit petitio legitimæ.*

14 *Naturale debitum legitimæ anticipata ſolutione non extinguitur, vbi minùs legitimâ filiæ à patre datum eſt.*

15 *Si pater à tempore dotis pro legitima conſtitutæ factus ſit pauperior, nihil tamen ex portione quam dedit filia repetere poteſt: & cur.* 16.

17 *Excluſa ſtatuto filia à legitima petitione dummodò congruè dotata, ex modo aucti poſtea patrimonij augeri etiam dos debet, licet ab initio congrua fuerit.*

18 *Promiſſio filiæ quæ quaſi congruè dotata promiſit ſe nihil amplius petituram ei nocere non debet.*

19 *Sententia l. cura. 4. §. deficientium. D. de mun. & honor.*

20 *Pragmaticos à dote ad legitimam non rectè argumentari.*

21 *Error pragmaticorum.*

22 *Concluſio diſputationis contra pragmaticos.*

1 DVPLEX † caſus eſt in quo fieri locus huic quæſtioni poteſt, Vnus ille, ſi filia quæ dotem à patre acceperit pacta ſit ſimpliciter de non plus petendo, alter, ſi pactionem illam iureiurando confirmauerit. Cæterùm pactionē interuenire neceſſe eſt ne quicquā amplius petere filia poſſit, vt quęſtio locū habeat. Sola. n. dotis perceptio non impedit quominus mortuo quādocunq; patre filia legitimā poſſit petere, ſed filiam tantùm obligat vt in eā portionē legitimā quā in defūcti patris bonis habere debet, dotē imputare teneatur, *l. quoniā nouella* 29. C. *de inoff. teſt.* Interueniente autem pa-
2 ctione per quā filia prohibeatur amplius quicquam petere pro legitima nullo etiam adhibito iureiurando, illud primùm quæri ſolet, An auctis poſteà patris facultatibus ius ſit filiæ petendi ſupplementi ex bonis poſt pactionē acquiſitis. Quæſtionē interpretes & pragmatici in eo eſſe putant, An valeat eiuſmodi pactio perinde acſi iurata eſſet. Nā cùm iurata eſt, vix dubitant qu in ſi de legitimæ quantitate poſt mortē patris quæratur, conſtitutæ dotis tēpus ſpectandū ſit non mortis, vt ſequenti capite dicemus. Dubitandi autē cauſſa
3 ex eo † naſcitur, quòd pactū hoc cū ſit de non ſuccedendo, videtur omni iure improbatum præterquàm ſi accedente iuriſiurandi vinculo & religione cōfirmetur

metur

metur, ex Bonifacij conſtitutione in *cap. quamuis pactū 2. de pact. in 6.* Multorū tamen, & eorū qui ſubtiliores ſibi vidētur, ſententia eſt valere † pactionē, 4
non iure conuentionis de non ſuccedendo, quā fatentur valere non poſſe citra iuſiurandū, ſed potiùs iure ſucceſſionis, quaſi filia quæ dotem à patre accepit pro omni legitimæ & ſucceſſionis iure, hoc ipſo portionē ſuā hereditariā aut legitimam velut ſibi præmaturè datam, & vt loquuntur, aſſignatā percepiſſe videatur. Habent. n. pro conſtanti, & indubitatio, poſſe patrē viuū legitimā filio prorogare, ſi filius conſentiat: Exemplo, inquiunt, eius quod debetur in diē, quod conſtat ante diem ſolui poſſe, perindéq; debitori liberationē contingere, quia & plus præſtat quàm debeat qui ante diē ſoluit, *l. Iauolenus 15. alias. l. eum qui. D. de annuis legat.* Addunt ſimiliter euenire, vt quāuis falcidia non niſi heredi debeatur, ac proinde poſt mortē teſtatoris, quia nec ante heredē habere viuus poteſt, & cōſequenter inſpecta patrimonij quantitate quæ mortis tēpore fuit, interdū tamen poſsit falcidia præſtari futuro heredi à viuo teſtatore; vt in eleganti illa ſpecie quā Marcellus tractat in *l. cum quo 56. §. vlt. ff. ad leg. falc.* Si centū aureorū dominus, inquit, vigintiquinq; alicui dederit, & eū inſtituerit heredē, & dodrantē legauerit, nihil aliud ſub occaſione legis falcidiæ interuenire poteſt, quia viuus videtur heredi futuro prouidere. Sed videamus ne longè verius ſit quod nos ſuperioris Decadis capite ſecūdo probauimus, fieri nullomodo poſſe vt legitimā portionē filius † habeat viuo 5
patre, nec ſi patris volūtas cū filij cōſenſu in eam rē cōcurrat. Non ob id ſolū quòd legitima nulla filio debeatur niſi poſt mortē patris, ne quidē filio adoptiuo in bonis adrogatoris, quāuis ea præcipuo quodā iure debeatur tanquā æs alienū ex Diui Pij conſtitutione, *l. 1. §. ſi impubere. D. de collat. bonor.* iunct. *l. ſi adrogator 22. D. de adop.* Sed etiam quia nec ſciri poteſt quid ſit in legitima priuſquàm is in cuius bonis legitima debebitur, diem ſuum functus ſit, cùm in ponenda legitimæ ratione ea patrimonij quātitas ſpectanda ſit quæ deducto ære alieno, funeriſque impenſa mortis tempore inuenitur; *l. cum quæritur 6. C. de inoff. teſtam.* de quo quia iam multa ſupradicto loco ſcripſimus, non erimus hîc longiores niſi vt argumenta quibus in contrarium pragmatici mouentur, in eorū oculos retorqueamus. Ex iis. n. ipſis apparebit euidentiſsimè quātopere fallantur. Nā quod primū obijciunt id quod in diē debetur, † ante 6
diem ſolui poſſe, ſicut falſum eſt ſi indiſtinctè dicatur, ita ſi cū ea diſtinctione, quæ iuris ratione cōuenit, pro nobis quàm maximè vrgebit. Diſtinguendū eſt an debeatur quid in diē incertā, an in cā quæ ſit certa. Quod certa die promiſſum eſt, vel ſtatim dari poteſt. Totum. n. mediū tempus ad ſoluendum liberum promiſſori relinquitur. Atqui promiſit in diem incertam, aut quod idem eſt, ſub conditione (dies enim incerta pro conditione eſt, *l. dies 75. de cōdic. & demonſtr. l. ſub conditione 16. l. ſufficit 56. D. de cond. indeb. l. talis ſcriptura 30. §. ſed etſi ſub conditione. de legat. 1.* (puta ſi aliquid factū ſit, aut cùm aliquid factum ſit, niſi cùm id factum fuerit dederit, non videbitur feciſſe quod promiſit *l. ſtipulatio iſta 38. §. inter incertam. de verb. oblig.* Ideóque repetere poteſt, tanquam indebitum per indebiti conditionem *l. qui promiſit 48. D. de cond. indeb.* Atqui ſi quod vnquam † debitum incertum videri poteſt, tale certè eſt 7
legitimæ debitum, de quo diſputamus. Non. n. duntaxat in diem incertā debetur, id eſt in diem mortis qui incertus eſt, ſed illud ipſū quod debetur prorſus incertum eſt, quia cōputatur ex comparatione patrimonij quod mortis tempore reperietur. Quo quid incertius? Proinde iuris ratio facit, vt ſi quid

aditione ſcilicet paternæ hereditatis, non vt ſui hereder ſola retentione *l. ſi patronus 12. §. vlt. D. de bon. libert.* nec aliud †iuris eſt in filia, quę per ſtatutum excluditur à patris ſucceſſione, adeóque à legitima, ob fauorẽ maſculorum. Nam & excluſio illi quæ fit per ſtatutum eandem conditionem tacitam recipit, quam excluſio quæ fit per iuratam renuntiationem, illam nimirum, ſi hereditas deferetur, eadẽ ſcilicet iuris ratione id euincẽte. Neque enim fieri poteſt vt maior & potentior ſit vis ſtatuti ad filiã excludendã, quàm iuratæ renuntiationis, nec magis poteſt per ſtatutũ quàm per iuſiurandũ fieri poſſibile quod per rerum naturam eſt impoſſibile, cuiuſmodi certè illud eſt vt excluſio præcedat delationem. Vtroque igitur caſu concludendũ eſt præteritione filię in poteſtate ſiue per renuntiationẽ, ſiue per ſtatutũ excluſa ſit, ſiue ab vniuerſali tantùm ſucceſſione, ſiue, vt pragmatici diſtinguunt, etiam à legitima, teſtamentum ipſo iure nullum eſſe. Idque tam euidens eſt, vt nec de-
14 ſint ex pragmaticis qui id agnoſcant & fateantur, ſed ita tamẽ vt ex æquitate canonica, & prætoria teſtamentum defendi velint. Omninò ridiculè. Nunquam †enim teſtãmentũ quod iure ciuili nullum eſt, iure prętorio defenditur, vt dicemus inf. cap. 3. Atqui, inquies, iam diximus, & in confeſſo eſt huiuſmodi renuntiationes iuratas valere iure pontificio propter autoritatẽ & vinculum iuriſiurandi, earúmque poteſtate fieri vt quo inſtanti defertur per legem ius ſuccedendi, aut petendę legitimę portionis, ſuccedat vis & poteſtas renuntiationis quę filiam excludat, aliíſque ſiue in eodem, ſiue in remo-
15 tiore gradu conſtitutis agnatis viam ſucceſſionis patefaciat. Quis igitur effectus erit eius quod dicimus teſtamentum patris ex huius filiæ prçteritione ipſo iure nullum eſſe? Reſpondeo †quàm maximum effectum eſſe, non quidem ratione ipſius filiæ quę ſanè per renuntiationem aut ſtatutum excluditur à ſucceſſione inteſtati, licèt patrem faciat inteſtatum, ſed ratione heredum, ſiue inſtitutorum ſiue legitimorum. Finge inſtitutum extraneum, aut agnatum remotiorem qui ab inteſtato rem habere non poſſit. Excluſio filię non impediet quominus teſtatore propter ſubtilitatem iuris & caſus neceſſitatem exitum inteſtati faciente, hereditas ſcripto heredi per legem eripiatur, agnatóque proximo deferatur. Finge inſtitutos eo teſtamento alios liberos teſtatoris, ſed ex diſparibus portionibus. Præteritio filiæ quæ nullum ipſi lucrum adferre poteſt, proderit fratribus qui fuerant ex minore portione inſtituti, vt cum cæteris quos pater magis dilexerat, in æquas †partes vocentur ab inteſtato. Neque enim nouum eſt vt ex perſona filiæ prçteritæ plus iuris habeant fratres cæteri, quàm filia ipſa. Nam & idem contingeret ſi nullum & iniuſtum teſtamentum filià pręterita expreſſo conſenſu poſt patris mortem comprobaſſet, quia non noceret ea adprobatio cęteris quominus aut ab inteſtato ſuccedere, aut bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere, ſi mallent, poſſent, *lege ſi duo 16. de legat. præſt. l. ſi duobus 14. D. de bonor. poſſeſſ. contr. tab.* Dices, ſi ſubtiliter agere voles, eo demum caſu poſſe alios fratres ex perſona præteriti aut teſtamentum nullum dicere, aut bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere, quo præteritus ipſe ius aliquando habuerit, aut nullum dicendi teſtamentum, aut petendæ contra tabulas poſſeſſionis, in propoſito autem nullum inſtans eſſe, quo filia pręterita, quę per iuratam renuntiationem, aut per ſtatutum excluſa eſt, poſſit dicere nullum teſtamentum patris, ſiquidem, vt diximus, eodem inſtanti fit vt & ſucceſſio filiæ deferatur, & ipſa excluſionis

poteſtate

poteſtate ſuccedere prohibeatur, *arg. l. ſi Stichum* 8. *§. ſi quis ita.* & *l. quoties* 14.
§. 1. D. *de nouat. l. ſub conditione* 16. D. *de ſolut.* Ita ſanè eſt: nec à nobis vllus
iuris locus quærendus eſt ex quo errorem illum interpretum, quem nos re-
fellimus, conuincamus. Fuit enim toti iuriſprudentiæ incognitum, & inau-
ditum ius illud quo vtimur, vt valeret pactio quantumlibet iurata, per quam
filia viuo adhuc patre ab ipſius quandocunque morituri ſucceſſione exclude-
retur. Hoc enim iure primùm pontificio inductum eſt ſola iuriſiurandi ve-
neratione contra iuris ciuilis rationem. Sed tamen ea ipſa iuris ratio quæ
etiamnum ſupereſt, cogit omnino, vt fateri neceſſe ſit quod volumus, ex per-
ſona †filiæ præteritæ ius eſſe fratribus, aut poſt fratres agnatis proximioribus 16
dicendi nullum teſtamentum, licèt filia ipſa præterita nullo tempore ius il-
lud habuiſſe videri poſſit. Nempe quia re ipſa verum eſt, nec minùs tacente
filia quàm ſi conquereretur, nullius momenti eſſe teſtamentum propter ſui
heredis præteritionem, adeò vt nec in filiæ poteſtate ſit, facere ne teſtamen-
tum ſit nullum non magis quàm vt in patris teſtamento leges locum non
habeant. Nam ſi eo quoque caſu, quo in filiæ poteſtate eſt iuri ſuo renun-
tiare, id eſt poſt mortem patris facta expreſſim teſtamenti iniuſti adproba-
tione, nihilominus teſtamentum iniuſtum manet, locúſque fit ſucceſſioni
inteſtati commodo aliorum fratrum etiam inſtitutorum, aut poſt fratres
agnatorum proximiorum, quibus ſcilicet ius ſemel quæſitum eſt, ex perſo-
na quidem, ſed non ex voluntate filiæ præteritæ, at ſola meri iuris ciuilis
poteſtate, quanto magis idem admittendum eſt, illo etiam caſu de quo a-
gimus, id eſt, quo filia præterita iuri ſuo renuntiauit eo tempore quo re-
nuntiare vtiliter non potuit, ſcilicet viuo adhuc patre? Nam ſi dicas ca-
ptioſam eſſe ratiocinationem, quia iuriſiurandi autoritas faciat vt iam inde à
quo tempore facta fuit renuntiatio, vtilis fuerit ad filiam quandoque ex-
cludendam. Iam reſpondi ſæpius, valuiſſe quidem ab initio renunciatio-
nem, quoniam alioqui non poſſet ex poſt facto conualeſcere, ſed vim eius
ſuſpenſam manſiſſe propter tacitam conditionem in id vſque tempus quo
ſucceſſio deferretur, hoc eſt, quo pater vita functus eſſet: quo tamen in-
ſtanti non poteſt fieri delatio quin teſtamentum quod reuera nullum eſt pro
nullo etiam habeatur. Non enim ex teſtamento deferri poteſt filiæ quæ
ipſo teſtamento præterita eſt. Ab inteſtato verò multò minùs ſi teſtamen-
tum ipſo iure valet. Atqui non poteſt effectum habere renuntiatio, quin
ipſi filiæ quæ renuntiauit ſucceſſio deferatur. Tantum igitur abeſt vt re-
nuntiatio impediat, ne teſtamentum ipſo iure ſit nullum, vt ex contrario
non aliter filiæ nocere poſſit quàm ſi teſtator ad inteſtati cauſſam deducatur,
vt legitima ab inteſtato ſucceſſio, cui ſoli renuntiaſſe filia intelligitur, de-
ferri filiæ poſſit. Si teſtamentum in quo filia præterita eſt, non ipſo iure
nullum eſſet, ſed tantùm, vt ita loquar, annullandum, filia ipſa conque-
rente, faterer nihil iuris habituram filiam quæ renuntiaſſet, neque ex eius
perſona cæteros qui ab inteſtato heredes eſſe vellent. Eóque demum caſu
obtinerent ea quæ ſuprà ex pragmaticorum ſchola obiecimus, ius impu-
gnandi teſtamenti regulandum eſſe ex iure legitimæ ſucceſſionis: & cum
qui ab inteſtati ſucceſſione adeóque à legitima excluſus ſit, impugnare te-
ſtamentum non poſſe, ſed cùm ipſo iure nullum ſit, non ſolùm accedente
& concurrente filiæ voluntate, ſed etiamſi maximè teſtamentum valere ve-
lit, conſequens eſt vt eius approbatio ſiue viuo adhuc patre per iuratam re-

nuntiationem facta ſit, ſiue poſt mortem patris non noceat cæteris quominùs ab inteſtato ſuccedant, adeóque ſint ſui & inuiti heredes, ſaluo beneficio
17 abſtentionis, ſi proponas eſſe filios qui in patris morientis fuerint poteſtate. Poteſt autem exemplo fieri hoc illuſtrius. Finge † præteritam à patre filiam emancipatam & inſtitutos ex inæqualibus portionibus alios fratres ſiue in poteſtate, ſiue emancipatos. Conſtat teſtamentum non eſſe nullum ipſo iure, ſed tantùm reſcindi iure prætorio poſſe petita contra tabulas bonorum poſſeſſione. Si poneres filiam hanc aliunde à paterna ſucceſſione excluſam, puta per ſtatutum, aut per iuratam renuntiationem, admitterem hactenus iuri prætorio per conſtitutionem pontificiam fuiſſe derogatum (nam & ſola pontificiæ conſtitutionis authoritas defendere poteſt ea ſtatuta per quæ filia patri ſuccedere prohibetur, ducto ſcilicet argumento à poteſtate pacti ad poteſtatem ſtatuti) vt ex perſona filiæ præteritæ non committeretur edictum, nec cæteri fratres, ſiue inſtituti, ſiue exheredati bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere poſſent, quia verùm eſſet dicere numquam ius illud petendæ contra tabulas poſſeſſionis, filiæ huic competiiſſe: abſurdum namque foret plus iuris habere cæteros ex filię perſona, quàm habere filia ipſa vnquam potuerit. Sed ſi ponas filiam illam præteritam non emancipatam fuiſſe, ſed in poteſtate, quæ ſpecies eſt à nobis nunc tractata, aliud planè dicendum eſſe contendam, quia teſtamentum hoc caſu ipſo iure nullum eſt etiam inuita filia, nec neceſſe eſt ad faciendum nullum, vt filia nullum eſſe dicat, aut alius quiſquam ex perſona filiæ quomodo neceſſe eſt vt bonorum poſſeſſio contra tabulas petatur ad reſcindendum teſtamentum quod ipſo iure tenet. Ideóque ſola iuris poteſtas quæ nullum efficit, ſufficit etiam vt ex perſona magis quàm ex iure filiæ quantumlibet excluſæ teſtamentum nullum ſit, taléque maneat, vt quiſquis ab inteſtato proximior eſt perinde ſuccedat ſiue ſui ſiue extranei heredis iure, acſi nullum omnino teſtamentum factum eſſet.

ERROR SECVNDVS.

Si filia quæ accepta dote renuntiauit futuræ patris ſucceſſioni in ea dote inſtituta ſit.

SVMMARIA.

1 *An ſufficiat filiam quæ accepta dote renuntiauit futuræ patris ſucceſſioni, in ea dote inſtitutam eſſe, ne præterita videatur.*

2 *Pragmaticorum ſententia.*

3 *Inſtitutionem huiuſmodi filiæ in dote non valere, nec efficere quin præterita dici debeat contra pragmaticos.*

4 *Dos eſt verè patrimonium filiæ, itaque in ea inſtitui non poteſt.*

5 *Caſus quo non verè, ſed quaſi patrimonium filiæ dos habetur.*

6 *Dos eſt in bonis mariti: mulieris quoque eſſe intelligitur.*

7 *In libris iuris nuſquam reperitur filia in dote inſtituta.*

8 *Prima Accurſii ratio quæ vult probare dotem proprium filiæ patrimonium non eſſe, ideóque in ea inſtitui poſſe refertur & refellitur.*

9 *Secunda ratio Accurſii petita ab eo quod in legitima filia inſtitui poſſit, per diſtinctionem inter legitimam & dotem tollitur.*

10 *Si pater securè teſtari velit, inſtituendam eſſe filiam, aut in legitima, aut in alia quapiam re.*

AT

Digitized by Google

AT quoniam vix euenit vt filia quæ in poteſtate eſt, renunciet futuræ patris ſucceſſioni, præſertim cũ iureiurando, niſi in tabulis dotalibus, & proinde accepta dote, dubitari poteſt an † 1
ſufficiat filiã in ea dote inſtitutam eſſe ne præterita videatur. Ad quã dubitationẽ pragmatici † reſpondẽt, trepidè tamẽ, vt 2
ſolent, poſſe eam inſtitutionem ſufficere, ſed meliùs & cautiùs facturum patrem ſi filiam non modò in dote, ſed præterea in aliqua quantumuis exigua pecuniæ quantitate inſtituat, ne quis dubitationi locus relinquatur, vt cõcludit *Iul. Clar. lib. 3. Sentent. §. teſtamentũ quæſt.* 44. Ego † contrà, omnia quantũ 3
per ingenioli mei tenuitatẽ facere poſſum ex vera iuris ratione æſtimãs, intrepidè defendo, inſtitutionem hanc filiæ in dote ſua non valere, nec proinde facere poſſe quin pręterita filia dici debeat, acſi nullomodo fuiſſet inſtituta. Pręteritam enim cùm dicimus, nõ eam intelligimus cuius mentionẽ nullam teſtator fecerit, ſed quæ non, ſicut oportet, inſtituta fuit aut exheredata, licèt teſtamẽto nominata ſit adeóque ſubſtituta. Quomodo cautũ erat olim, vt non aliter præteriri poſſet filia poſthuma quàm ſi ei legatum eſſet, ne per obliuionem magis quàm conſultò pręterita videretur. *§. 1. Inſtit. de exh. liber.* Hanc autem, quæ in ſua dote inſtituta eſt, nego vtiliter inſtitutam eſſe, quia in re propria non in ea quæ teſtatoris fuit, inſtituta eſt. Lex enim duodecim tabularum patrifamilias dedit quidem teſtandi facultatem, ſed de re pecuniáve ſua, nõ de aliena, *l. verbis legis* 120. *de verbor. ſignific.* In propoſita † verò 4
ſpecie inſtitutam eſſe filiam in re propria, non in ea quæ fuerit teſtatoris, euidenter apparet ex eo quòd dos filiæ promiſſa, nedum data proprium ipſius filiæ patrimoniũ eſt, *l. 3. §. ſed vtrum. D. de minor.* & à bonis patris abceſſiſſe intelligitur. *l. 1. §. vl. l. vl. D. de dot. coll.* ac in ære alieno cõputatur *l. pater filiam* 14. *D. ad legem falcid. l. pater filiæ* 70. *D. de euict.* Nec eſt quod cum Accurſio ad *d. §. ſed vtrum*, dicas dotem eſſe quaſi patrimonium filiæ ex *l. in eum* 16. *D. de relig. & ſumptib. funer.* Verè enim patrimonium eſt non quaſi præterquàm vno caſu †, ſi filia quæ in poteſtate eſt, aut emancipata (nihil enim 5
hac parte refert decedat viuo patre: quo caſu cùm dos ad patrem reuertatur quæ à patre profecta eſt, licèt non tam ex iuris ratione quã cõtra iuris rationem intuitu commiſerationis, & pietatis, ne pater & amiſſæ filiæ & pecuniæ damnum ſentiat, vt ait *l. iure ſuccurſum* 6. *D. de iur. dot.* nõ poteſt dici filiã abſolutè dotẽ habuiſſe in patrimonio patre viuo, ad eúmque caſum accõmodanda eſt *dicta lex, in eum.* Sed & ex ea cauſſa dicimus intereſſe patris vt filia dotem habeat, licèt ea ſpes dotis ad patrem reuerſurę per mortẽ filię, ſit malè ominoſa *d. l. pater filiæ.* At nõ inde fit vt perinde dos ſit patris atque eſt filiæ, vt ait *lex cùm dos* 7. *D. de pact. dotal.* Re vera enim eſt filiæ quamuis euenire poſſit vt ad patrem reuertatur. Et verò nullum ius patri in ea dote competere quandiu filia viuit, ex eo colligi poteſt quòd toto eo tempore quo filia nõ ſolùm viuit, ſed etiam in matrimonio eſt, dos † in mariti bonis & do- 6
minio eſt, *§. 1. Inſtit. quib. alien. licet vel non. l. dote* 6. *C. de rei vindic.* tametſi propter caſum reſtitutionis ſoluto matrimonio faciendæ, mulieris quoque eſſe intelligatur *lege, quamuis* 75. *D. de iur. dot. l. in rebus* 30. *Cod. eodem.* Itaque interpoſitum ius mariti facit ne pater dotem filiæ poſſit ſuam dicere iure patriæ poteſtatis, quia neque ſic poteſt fieri dotis datio, vt dotem pater det filiæ, ſed marito dari eã tradíque oportet, filiæ tamen nomine *l. Pomponius Philadelphus* 35. *D. famil. erciſcund.* Vnde illud etiam fieret ſi plus hîc

poſſet ratio iuris quàm miſerationis, vt defuncta ſine liberis in matrimonio filiafamiliàs, dos quantumuis à patre profecta non minùs mariti lucrò cederet quàm aduentitia, de cuius reſtitutione pactio nulla interueniſſet: quoniam vtroque caſu æquè aptus & habilis eſt iure ciuili titulus dotis ad transferendum dominium in maritum: quippe cui nec alio animo & voto dos datur quàm vt penes eum perpetuò remaneat, *l.1.D.de iur. dot.* vt pluribus ſcripſimus *lib.13. Coniecturarum.* Quod cùm ita ſit, ferè eſt vt filia quæ à patre in dote ſua inſtituta eſt, in re & bonis mariti ſui inſtituta videatur. Quis ergo admittat eam inſtitutionem valere, & efficere debere ne filia ſic inſtituta præteritam ſe conqueri poſſit? Et verò cùm tot in libris noſtris loci ſint, in quibus tractatur de liberis aut inſtitutis, aut inſtituendis, nuſquam tamen reperias filiam † in dote ſua inſtitutam. Reperias ſanè fi-
7 liam exheredatam etiam cui dos a patre data eſſet, vt in *lege Nihil intereſt 12. D.de inoffic.teſtam.* Nec me mouent rationes illæ quibus pragmatici poſt
8 Accurſium mouentur vt contrà ſentiant: quòd, inquiunt, † dos à patre data & ex bonis patris profecta in quartam imputetur, *lege, quoniam Nouella 29. Cod. de inoff. teſtam.* & à filia cum fratribus ſuccedente tam ex teſtamento quàm ab inteſtato conferatur. *Auth.ex teſtamento. Cod.de collat.* Non enim recta conſecutio eſt ſi quis ex eo inferat, Dotem igitur proprium filię patrimonium non eſſe: ſiquidem ad inducendam imputationem & collationem ſufficit quòd profecta ſit dos ex bonis & ſubſtantia patris, quódque eam habuerit filia tanquam filia, non habitura ſi extranea fuiſſet licet nihil amplius iuris in ea re patri ſuperſit. Quare nec aliud erit etiamſi ponas inter patrē & maritum pręſente filia conueniſſe, vt nullo caſu dos ad patrem reuerteretur. Semper enim verū eſt ob cauſſam datę dotis minùs in hereditate patris reperiri quàm ſi dos nulla data eſſet, ideóq; ſi dos nō imputaretur, aut nō conferretur, iniuria fieret cęteris fratribus, qui dote nulla conſtituta tanto locupletiorē nūc haberēt patris hereditatē. Nec ſanè ratio vlla ęquitatis patitur vt filia quę dotē à viuo patre accepit, habeat eā pręcipuā poſt mortē patris: ſatiſq; ei eſſe debet quòd totius eius temporis quo pater vixit fructus in lucro habeat, ſi tamen mulieris lucro imputandum eſt quod maritus ſuo iure percepit, & in onera matrimonij impendit. Minùs ad rem pertinet alia ratio
9 illa Accurſij † quòd poſſit filius inſtitui in legitima, quāuis legitimā ipſi relinqui neceſſe ſit. Larga enim differētia eſt inter legitimam, & dotem. Legitima namque portio non eſt in bonis filij ne quidē ſpe, niſi prorſus improba, quādiu pater viuit: ideóq; nec mirū eſt ſi in legitima filius inſtitui poſſit à patre, licèt eam pater filio ex legibus etiam inuitus relinquere cogatur. At dos eſt in bonis filiæ, propriúmq; vt diximus ipſius patrimonium etiā viuo patre, & quamuis imputetur in legitimam, tamen neque legitima eſt, neque
10 legitimę loco cedit, vt probauimus *Decade ſuperiore.* Igitur ſi pater † qui filię nubenti dotem dedit vt futuræ ſucceſſionis renuntiationem iuratam ab ea extorqueret, ſecurè teſtari volet, neceſſe habet vt filiam inſtituat in legitima aut in certa aliqua re aut pecuniæ quantitate pro iuribus legitimæ. Sic enim fiet vt neque præteritam ſe poſſit dicere filia, quam vel in vno nummo inſtitutam eſſe ſufficeret ad implendam teſtamēti ſollennitatem, neque agere ad ſupplemētum quaſi minus legitima ei datum ſit, ſi dote in legitimam, ſicuti fieri debet, imputata tantùm ex bonis patris habere comperiatur, quantum ad explendam legitimam ſit ſatis.

ERROR

ERROR TERTIVS.

De teſtamento quod per præteritionem nullũ eſt, ex æquitate prætoria defendendo.

SVMMARIA.

1 *Teſtamentum in quo præteritus eſt filius qui teſtamenti tempore fuit in poteſtate, iure ciuili nullius eſt momenti, nec conualeſcit, etiamſi filius viuo patre moriatur.*

2 *Qua ratione moueantur quidam vt huiuſmodi teſtamentum iure prætorio valere putent.*

3 *Opinionem eorum qui valere negant eſſe veriorem.*

4 *Autores poſteriorũ ſententia non rectè reſpondere ad rationem pro priori allatam.*

5 *Vera reſponſio ad d. rationem, qua docetur qua & quatenus contra huiuſmodi teſtamentum detur bonorum poſſeſsio.*

6 *Huiuſmodi teſtamentum non conualeſcere iure prætorio, ſi præteritus adprobet iudicium patris ſiue expreſſo, ſiue tacito conſenſu, contra interpp. & pragmat.*

7 *Vera ſententia l. filio præterito. 17. D. de iniuſt. rupt. & irr. fact. teſt.*

8 *Exploditur error pragmaticorum & interpretum iuris ſtatuentium nihil referre an in d. teſtamento probato inſtituti ſint ſui heredes, aut legitimi, an extranei.*

9 *Quàm abſonus ſit alius pragmat. & interpp. error, cùm iis placet valere teſtamentum ex æquitate prætoria, ſi filius ante conditum teſtamentum, vel in ipſo actu teſtamenti conſenſerit præteritioni.*

10 *Quanta ſit prætoris poteſtas.*

11 *Quando filius teſtamentariam patris voluntatem adprobare poſſit.*

12 *In quo conſiſtat vis legum quæ circa ſucceſſiones teſtamentarias aut legitimas verſantur.*

13 *Si poſtumus præteritus viuo patre natus deceſſerit, ſecundum tabulas dari poterit bonorum poſſeſsio.*

TESTAMENTVM † in quo præteritus eſt filius qui teſtamenti 1
tempore fuit in poteſtate, nullius planè momenti eſt iure ciuili, nec ſi filius ille præteritus viuo patre moriatur, conualeſcit
quod ab initio non conſtitit, *l. ſi filius* 7. D. *qui teſtam. facer. poſſ.*
Quidam dubitant, an valeat iure prætorio, & putant † valere. 2
propterea quòd cõtra eiuſmodi tabulas dari ſoleat bonorũ poſſeſsio quæ fruſtrà daretur, ſi tabulæ eo ipſo iure non valerent. Cõtraria tamen ſententia ve- 3
rior eſt, & ab interpretibus quoque ac pragmaticis magis cõmuniter probata
teſtãte *Iulio Claro lib. 3. ſent. in §. teſtamentũ. quæſt.* 43. Nec ignorant vſque adeò
nullũ eſſe teſtamentũ vt etiã tacente filio & nõ conquerẽte, nihilominus nullum & iniuſtũ habeatur. Sed non ſatis bene meo iudicio reſpõdent † ad obie-
ctionẽ illam quam diximus fieri poſſe ex iure quod filio præterito adeóq. cæte- 4
ris liberis etiã inſtitutis, prætor dedit, petendæ cõtra eiuſmodi tabulas bonorũ poſſeſſionis. Aiunt n. illam bonorum poſſeſſionẽ cõtra tabulas dari ad declarandũ teſtamẽtum nullum potiùs quàm ad illud reſcindendum: aut ſi ad reſcindẽdum, reſcindi teſtamẽtũ de facto quatenus de facto proceſſit. Nã ſi nihil aliud habeas quod reſpondere poſſis, perinde inferã, ſi tabulæ ideò nullæ ſint quòd nõ ſeptẽ teſtium ſignis ſint ſignatæ, dicendum eſſe cõpetituram æquè contra eas bonorum poſſeſſionem, vt nullæ declarẽtur: quod tamen conſtat eſſe falſiſſimum, quia eiuſmodi tabulas ſeptem teſtium ſignis non ſignatas certum eſt vſq; adeo nullas adeo eſſe vt tabularum nomen non mereantur. Tabulas porrò aliquas eſſe neceſſe eſt vt vel ſecũdũ eas vel cõtra eas peti poſſit bonorũ poſſeſsio. Reſpõdere debuerũt pragmatici, nullas † quidẽ eſſe tabu-
las in quibus præteritus eſt aliquis ex liberis qui fuerunt in poteſtate, nec mi- 5
nùs prætorio quàm ciuili iure, quandoquidem ex iis non magis peti poteſt bonorum poſſeſſio quæ cum re & effectu ſit, quàm hereditas adiri: Sed tamen poſſe contra eas peti bonorum poſſeſſionem contra tabulas quoniã datur illa contra lignum, non contra heredem vel bonorum poſſeſſorem. Et vt

Digitized by Google

competat, ſufficit tales eſſe tabulas vt ex iis aliquo caſu potuerit adiri hereditas, aut peti bonorum poſſeſſio, licèt poſteà neutrum ſecutum ſit vel ſequi potuerit vt eleganter, quanquam ſatis obſcurè ſcriptum eſt in *l. quod vulgò* 19. D. *de bonor. poſſ. contr. tabul.* In propoſito autem ſi tabulæ quæ propter ſui heredis præteritionem nullæ ſunt ſeptem teſtium ſignis ſignatæ ſint, certũ eſt dari poſſe bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas (nihil enim aliud prætor exigit niſi vt ſeptem teſtium ſigna interuenerint, *l. 1. de bon. poſſ. ſec. tab.*) quę etſi futura eſt ſine re & effectu ſi filius præteritus iure ſuo vti & hereditatem euincere volet, ſufficit tamẽ ad hoc vt locum facere poſsit petendæ bonorum poſſeſsioni contra tabulas. Quod non ſimiliter cõtingeret ſi minùs quàm ſeptem teſtium ſigna in tabulis extarent. Neque enim ex iis tabulis bonorum poſſeſsio dari poſſet ne quidẽ ſine re, nec proinde fieri vllo modo poteſt vt contra eas aliqua detur, vt pluribus à nobis tractatũ & explicatum eſt (locus enim ſanè ſuperobſcurus & difficilis eſt) *lib. 1. Conj. c. 19. & lib. 6. cap. 14.* illud ſanè ab interpretibus & pragmaticis omnibus malè traditũ creditúmque eſt,
6 teſtamentũ † in quo filius in poteſtate fuit præteritus, conualeſcere iure prætorio, ſi præteritus adprobet iudicium patris ſiue expreſſo ſiue tacito cõſenſu, ex *l. filio præterito 17. D. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſt.* Inauditum .n. eſt à iuris principiis prorſus alienũ vt teſtamentum quod ab initio omni iure nullũ eſt,
7 poſteà iure aliquo conualeſcat. Longéq; alia Papiniani ſentẽtia † eſt in *d. l. filio præterito*, quàm eſſe exiſtemetur, illa nimirũ vt filio præterito adprobãte iudicia patris fratres inſtituti perinde teneantur præſtare legata & fideicõmiſſa acſi teſtamentũ valeret, ſed tamen ab inteſtato non ex teſtamento, cùm tantundẽ ab inteſtato habeant quantũ ex teſtamẽto fuerant habituri, de quo etiã latè ſcripſimus *dict. cap. 14. lib. 9. Coniect.* Vbi præterea refutauimus alium errorem pragmaticorum & interpretum exiſtimantium, quod & Clarus probat
8 ſupradicto loco, nihil intereſſe † an in eo teſtamento quòd à filio præterito adprobatum eſt inſtituti ſint ſui heredes, aut legitimi, an extranei. Quomodo enim fieri poteſt vt ab inteſtato hereditatem retineant, & ad legatorum ac fideicommiſſorum præſtationem obligẽtur heredes extranei, qui inteſtati ſucceſſores eſſe non poſſunt? Itaque non ſine cauſſa tractat Papinianus de ſuis heredibus inſtitutis, iis verbis *ſi partem fratribus non auocauit.* Sed illud multò
9 ineptius eſt, † quod iiſdẽ pragmaticis & interpretibus placere idẽ Clarus eodẽ loco refert, Si filius ante conditũ teſtamentum vel in ipſo actu teſtamẽti conſenſerit præteritioni, valere teſtamentũ, nõ quidẽ iure ciuili, ſed ex æquitate, vt aiunt, prætoria. Nã quod rationis loco adferunt, introductum eſſe ob fauorem filiorum principaliter ne poſſint præteriri, ideóque cõueniens eſſe vt iuxta iuris regulas poſſint huic fauori ſuo renuntiare, plus quàm ridiculũ eſt. Quis enim patiatur in poteſtate & arbitrio filij eſſe facere ne leges in teſtamento patris locum habeant? Fateor, liberorum fauore conſtitutum eſſe à lege vt liberos qui in patris poteſtate ſunt, neceſſe ſit à patre reſtitui vel exheredari. Sed nego poſſe liberos remittere ſolennitatem illam quæ ipſis legibus indicta & inducta eſt. Pertinet enim teſtamenti factio ad ius publicum quod priuatorum pactionibus nec abrogari, nec immutari poteſt. Nego ius vllum eſſe filij ſiue in bona, ſiue in iudicia patris quandiu pater viuit, ſed eo demùm mortuo. Neque igitur poteſt ei iuri quod ſibi nondum competit renuntiare. Alioqui poſſis eodem ratiocinationis genere concludere, permittendum filio vt de ſuo peculio ſiue profectitio, ſiue aduentitio teſtetur ſi
pater

pater conſentiat, quia patris fauore principaliter conſtitutum eſt ne filiusfamilias teſtari poſſit. Et tamen nihil in eo facere patris voluntatem conſtat ex *l. tam is* 25. *§. filiusfamilias. D. de mort. cauſ. donat.* Similiter poſſis inferre permittendum heredi, cuius fauore inducta eſt per legem falcidiam retentio quartæ ex legatis, vt teſtatori vltra dodrantem leganti, & legis falcidiæ modum excedenti conſentiat, quod tamen falſum eſſe ait Papinianus in *l. quod bonis* 15. *§. 1. D. ad leg. falcid.* vbi rationem reddit, quòd huiuſmodi pactio ſit contra ius publicum, id eſt contra leges quæ ſunt iuris publici. Quo admiſſo, planè conſentaneum eſt vt nullus æquitati prætoriæ in contrarium locus relinquatur. Certum enim eſt prætorem, † licèt multa facere potuerit præter leges, nihil tamen facere potuiſſe aut permittere contra leges, ſed eatenus duntaxat, quatenus per leges liceret, nec prohiberetur, *l. iuris gentium* 7. *§. ait Prætor. D. de pact. l. necnon.* 28. *§. quoad eius. D. ex quib. cauſ. maior.* Voluntatem 10
igitur filij † in adprobando patris teſtamento, quod ipſo iure nullum eſt, tunc 11
interuenire oportet, cùm legi ſatisfactum eſt, id eſt, cùm poſt mortem patris apparet nullum eſſe teſtamentum ob non ſeruatas ſolennitates quæ à lege ſunt præſcriptæ: quo demùm tempore licèt filio iuri & fauori ſuo renuntiare, non quidem vt conualeſcat teſtamentum quod iam ipſo iure nullum eſt, vel inuito eo ſoláque legis poteſtate, ſed vt partem hereditatis quam fratribus auocare poſſet, ſi vellet, nõ auocet, ſed abſtineat, ſicut & filiofamiliàs nullo iure teſtato ſi pater conſentiat vt iniuſtus heres bona quæ in filii peculio fuerunt retineat, lex non repugnat, quia vt legi ſatisfiat, ſatis eſt filii teſtamentum nõ valere. Sic denique ſi heres qui quartam ex legatis per legem falcidiam retinere potuit, malit ſe qui iudicium defuncti & ſolida legata præſtare, vtique ei licet, quia nihil in hoc fit cõtra legem quę iam effectum habuit hoc ipſo quod falcidiæ deducendæ ius heredi detulit. Iã enim alio loco monuimus, totam vim † legũ quæ circa ſucceſſiones teſtamentarias aut legitimas 12
verſantur in eo conſiſtere, vt per eas deferatur ſuccedendi & acquirendi ius etiam inuitis, non etiam vt inuiti ſuccedant ſibique acquirant extra cauſſam heredum neceſſariorũ. Planè ſi poſthumus † à patre præteritus, viuo patre nõ 13
natus ſit, ſed etiam deceſſerit, placet ſecundum eas tabulas, licèt ipſo iure nullas poſſe dari bonorum poſſeſſionem, & quidem cum re & effectu, id eſt talẽ cuius commodum heredi ſcripto eripi non poſſit, *l. poſthumus* 12. *D. de iniuſt. rupt.* Sed tamen non eo minus falſum eſt quod interpretes & pragmatici ſomniant, teſtamentum illud de æquitate prætoria reconualeſcere, quomodo loquitur Iulius Clarus in *d. §. teſtamentum, quæſt.* 45. Etſi enim ex prætoris iuriſdictione eſt, vt bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas detur, tamen vt ea poſſeſſio ex teſtamento illo nullo ſit cum re & effectu, non fit ex iuriſdictione prætoris, quæ nec eo vſque progredi potuiſſet, ſed ex reſcripto Diui Hadriani, vt lex ait, quod in eam rem fuit neceſſarium, vt nos etiam docuimus *lib.* 9. *Coniect. cap.* 15. *&* 16. Ex quibus etiam locis alia multa quæ ad hunc tractatum pertinent, peti poſſunt.

Digitized by Google

metur, ex Bonifacij conſtitutione in *cap. quamuis pactũ 2. de pact. in 6.* Multo-
rũ tamen, & eorũ qui ſubtiliores ſibi vidẽtur, ſententia eſt valere † pactionẽ, 4
non iure conuentionis de non ſuccedendo, quã fatentur valere non poſſe ci-
tra iuſiurandũ, ſed potiùs iure ſucceſſionis, quaſi filia quæ dotem à patre acce-
pit pro omni legitimæ & ſucceſſionis iure, hoc ipſo portionẽ ſuã hereditariã
aut legitimam velut ſibi præmaturè datam, & vt loquuntur, aſſignatã perce-
piſſe videatur. Habent. n. pro conſtanti, & indubitatio, poſſe patrẽ viuũ legiti
mã filio prorogare, ſi filius conſentiat: Exemplo, inquiunt, eius quod debetur
in diẽ, quod conſtat ante diem ſolui poſſe, perindéq; debitori liberationẽ con-
tingere, quia & plus præſtat quàm debeat qui ante diẽ ſoluit, *l. Iauolenus* 15. *a-
lias. l. eum qui.* D. *de annuis legat.* Addunt ſimiliter euenire, vt quãuis falcidia
non niſi heredi debeatur, ac proinde poſt mortẽ teſtatoris, quia nec ante he-
redẽ habere viuus poteſt, & cõſequenter inſpecta patrimonij quantitate quæ
mortis tẽpore fuit, interdũ tamen poſsit falcidia præſtari futuro heredi à vi-
uo teſtatore; vt in eleganti illa ſpecie quã Marcellus tractat in *l. cum quo* 56. §.
vlt. ff. ad leg. falc. Si centũ aureorũ dominus, inquit, vigintiquinq; alicui de-
derit, & cũ inſtituerit heredẽ, & dodrantẽ legauerit, nihil aliud ſub occaſione
legis falcidiæ interuenire poteſt, quia viuus videtur heredi futuro prouidere.
Sed videamus ne longè verius ſit quod nos ſuperioris Decadis capite ſecũdo
probauimus, fieri nullomodo poſſe vt legitimã portionẽ filius † habeat viuo 5
patre, nec ſi patris volũtas cũ filij cõſenſu in eam rẽ cõcurrat. Non ob id ſolũ
quòd legitima nulla filio debeatur niſi poſt mortẽ patris, ne quidẽ filio ado-
ptiuo in bonis adrogatoris, quãuis ea præcipuo quodã iure debeatur tanquã
æs alienũ ex Diui Pij conſtitutione, *l. 1. §. ſi impubere.* D. *de collat. bonor.* iunct. *l.
ſi adrogator* 22. D. *de adop.* Sed etiam quia nec ſciri poteſt quid ſit in legitima
priuſquàm is in cuius bonis legitima debebitur, diem ſuum functus ſit, cùm
in ponenda legitimæ ratione ea patrimonij quãtitas ſpectanda ſit quæ dedu-
cto ære alieno, funeriſque impenſa mortis tempore inuenitur; *l. cum quæritur*
6. C. *de inoff. teſtam.* de quo quia jam multa ſupradicto loco ſcripſimus, non e-
rimus hîc longiores niſi vt argumenta quibus in contrarium pragmatici mo-
uentur, in eorũ oculos retorqueamus. Ex iis. n. ipſis apparebit euidentiſsimè
quãtopere fallantur. Nã quod primũ objiciunt id quod in diẽ debetur, † ante 6
diem ſolui poſſe. ſicut falſum eſt ſi indiſtinctè dicatur, ita ſi cũ ea diſtinctio-
ne, quæ iuris ratione cõuenit, pro nobis quàm maximè vrgebit. Diſtinguen-
dũ eſt an debeatur quid in diẽ incertã, an in eã quæ ſit certa. Quod certa die
promiſſum eſt, vel ſtatim dari poteſt. Totum. n. mediũ tempus ad ſoluendum
liberum promiſſori relinquitur. Atqui promiſit in diem incertam, aut quod
idem eſt, ſub conditione (dies enim incerta pro conditione eſt, *l. dies* 75. *de cõ-
dit. & demonſtr. l. ſub conditione* 16. *l. ſufficit* 56. D. *de cond. indeb. l. talis ſcriptura*
30. §. *ſed et ſi ſub conditione. de legat.* 1. (puta ſi aliquid factũ ſit, aut cùm aliquid
factum ſit, niſi cùm id factum fuerit dederit, non videbitur feciſſe quod pro-
miſit *l. ſtipulatio iſta* 38. §. *inter incertam. de verb. oblig.* Ideóque repetere poteſt,
tanquam indebitum per indebiti condictionem *l. qui promiſit* 48. D. *de cond.
indeb.* Atqui ſi quod vnquam † debitum incertum videri poteſt, tale certè eſt 7
legitimæ debitum, de quo diſputamus. Non. n. duntaxat in diem incertã de-
betur, id eſt in diem mortis qui incertus eſt, ſed illud ipſũ quod debetur pror-
ſus incertum eſt, quia cõputatur ex comparatione patrimonij quod mortis
tempore reperietur. Quo quid incertius? Proinde iuris ratio facit, vt ſi quid

pater viuus filio ſiue petenti ſiue accipienti pro legitima dederit, prorſus indebitũ dici debeat, non vt repetatur per indebiti condictionem, quæ non magis inter patrem & filium, quàm alia vlla actio exerceri poteſt, ſed vt ſuo iure poſsit pater eas ipſas res quas filio pro legitima dedit, vindicare tanquam ſuas nec alienatas. Nam ſi dicas ex iuris regula, cuius per errorem ſoluti condictio eſt, eius conſultò dari donationẽ factam intelligi, *l. cuius per errorem* 53.
8 *de reg. iur.* in promptu reſponſio eſt, non magis poſſe donationẽ inter †patrem & filiumfamilias conſiſtere, quàm aliam vllam obligationem, *l.* 2. *C. de inoffic. don. l. ſiue emancipatis* 17. *C. de donat. l. ſi donatione* 13. *C. de col. l. donationes* 31. *§. pater.* D. *de don.* Qua de cauſſa dubitandum non eſſet, quin etiam dote data fi-
9 liæ in vicem legitimæ, poſſet pater res dotales quaſi ſuas vindicare, ſi non †ius ipſius illud impediret quod & filia dotis capax eſt conſtante matrimonio *l. Pomponius* 35. *D. famil. erciſc.* & ius mariti qui indotatam vxorem non fuiſſet ducturus, non patitur vt ei dos auferatur, *l. Titia* 64. *D. de iur. dot.* Obſeruandum enim eſt quod Papinianus in *d. l. Pomponius*, ait traditionem prædiorum à patre factam ipſi filiæ licèt ex cauſſa dotis non valere: filiæ tamen retentionem competere ob eam ſolam cauſſam quòd dotis capax fuiſſet filia conſtante matrimonio, matrimonium autẽ etiam poſt patris mortem conſtitiſſet. Ita nanque innuit ne dotis quidem capacem eſſe filiã extra matrimoniũ, vt intelligamus ſi pater filiæ nondum nuptæ aliquid donet, tametſi in cauſſam dotis, nõ poſſe donationẽ cõſiſtere, quandiu matrimoniũ nullũ eſt, tantũ abeſt vt valere poſſit datio legitimæ, quam viuus pater filiæ prorogauerit, nulla dotis mentione facta. Dotis. n. mẽtio fauorabilem & iuſtam facit cõuẽtionẽ, ſi modò matrimonium aliquod ſit, quoniã viuus pater filiam dotare tenetur *l. vlt. C. de dot. promiſſ. l. cap.* 19. *ff. de rit. nupt.* cui tamẽ legitimã portionẽ dare nec tenetur, nec
10 ſi maximè ambo velint, tamen poteſt: ex quo apparet quàm ridicula ſit eorũ ratiocinatio qui vt probent †filiam eſſe capacem legitimæ etiã viuo patre, afferunt capacem illam eſſe dotis, quæ ipſa in legitimã imputatur. Nam ſi matrimonium nullum ſit, ſicuti eos ſine matrimonio eſſe non poteſt, ita nec filia dotis capax eſt, non magis quàm legitimæ. Sin matrimonium conſtet, capax eſt dotis propter matrimoniũ, at non legitimæ, licèt dos illa ſuo tẽpore in legitimã ſit imputanda, quia nihil cõmune habet legitima cum matrimonio. Sed & ita capax eſt dotis conſtante matrimonio, vt tamen ipſius dotis traditionẽ non filiæ, ſed marito fieri oporteat, quẽadmodũ docuimus ad Papinianũ *lib.* 7. *Coniect. cap.* 12. Quanto minus igitur permittẽdũ erit patri, vt filio aut filiæ viuus legitimã tradat? Iã verò quod pragmatici obiiciũt de quarta falcidiana quã viuus teſtator heredi futuro dare poteſt ex *d. l. cum quo* 56. *§. vlt. D. ad leg. falcid.* licèt magis ad rẽ facere videatur, tamen æquè nugatorium
11 eſt. Primùm quia nõ omnino recta †cõparatio eſt falcidiæ & legitimæ. Eſt enim multo incertius debitũ legitimæ, cum fieri poſſit vt turbato mortalitatis ordine filius ante patrẽ decedat, quàm falcidiæ quæ heredi debebitur, eo caſu quo legata quoque legatariis debebuntur. Nẽpe quia fieri nõ poteſt vt heres ante teſtatorẽ moriatur eo caſu quo de lege falcidia & legatis quæratur, vnde illud Imperatoris dictũ, *Nemo ſuum occidit ſucceſſorem.* Etſi enim facilè cõtingat vt heres ſcriptus moriatur ante teſtatorẽ, tamẽ cum id euenit, ſi ſubſtitutus nullus ſit, teſtamẽtũ deſtituitur & fit irritũ, nec proinde legatariorũ quicquã intereſt, cùm hereditate ex teſtamento nõ adita, legata omnia intercidant *l. ea quam* 14. *C. de fideic.* Deinde etſi maximè recta eſſet comparatio legiti-

gitimæ & falcidiæ,dico nõ ad aliã ſpeciẽ pertinere poſſe quod†Marcellus ait 12
teſtatorem viuum heredi futuro prouidere,quàm in qua id quod à teſtatore
datum eſt heredi,reſpondeat ei portioni quam per legem falcidiam poſt te-
ſtatoris mortẽ habere heres debet:vt accidit cùm is qui habebat cẽtũ in bo-
nis,dedit heredi futuro vigintiquinque,& legauit ſeptuagintaquinq; ſcilicet
ſi eadẽ fuerit mortis tẽpore patrimonij æſtimatio.Nã ſi ponas ab eo tẽpore
quo vigintiquinque heredi data ſint, emerſiſſe æs alienum,aut cõflatũ fuiſſe
ita vt nõ ſuperſint in bonis niſi octoginta tẽpore mortis,nõ admittet Mar-
cellus,tã benè heredi prouiſum à defuncto,vt ex ſeptuagintaquinque legatis
nihil falcidiæ iure poſſit deducere,quia ex vigintiquinque ſibi à teſtatore da-
tis ſoluere tenetur viginti ex cauſſa æris alieni,quo detracto quinque dunta-
xat habere reperitur,qui per legem falcidiã viginti habere debet. Nec falci-
diã impediet ea ratio quòd euenire ex contrario potuit vt teſtatoris faculta-
tes creſcerent,& heres lõgè plus quàm totius hereditatis quartã haberet. Nõ
enim ſicut poteſt heres ſupra quartã habere aliquid, ita & minore portione
quàm quarta pars ſit vllo caſu cõtentus eſſe cogitur, ſed omnimodo quartam
habere debet totius patrimonij quod mortis tẽpore in hereditate reperitur
deducto ęre alieno.Nec ſolùm inuito teſtatore,ſed etſi maximè heres ipſe ve-
lit in eo teſtatori cõſẽtire,id eſt tametſi ponas in propoſita ſpecie vigĩtiquĩq;
data heredi ea lege nõ ſolũ vt in falcidiã imputaret, ſed etiã ne quicquã am-
plius pro falcidia vnquã petere poſſet.Quoniam non magis in futuri heredis
quàm in ipſius teſtatoris poteſtate eſt,facere ne leges in teſtamento aut here-
ditate de qua agitur locũ habeant,vt pręcedenti capite dicebamus ex *l. nemo
poſt* 55.*de legat*.1. iunct.*l.quod bonis* 15.§.1.D.*ad leg.falcid*.Ergo vt idẽ iuris in
legitima conſtituamus quod in falcidia, ſimiliter dicendum erit, Poſſe fieri
vt viuus pater†filio prouideat,ne vlla patre defuncto ſuperſit petitio legiti- 13
mæ,nimirum ſi ea bonorum quantitas quæ filio data eſt pro legitima, aut ea
lege vt in legitimam quandoque imputetur,reſpondeat ei quantitati quæ fi-
lio,ſi tum pater decederet,pro legitima deberetur:Alioqui non bene proui-
diſſe dici poſſet qui minus filio quàm lex dediſſet. At neque hoc ſufficere
poterit vt à legitima ſuo tempore petenda filius excludatur. Sed illud præte-
reà exigendũ erit vt quantitas quę filio data fuerit pro legitima,ei quantitati
reſpondeat quæ mortis tempore in bonis patris debeatur:Aliter enim eueni-
ret vt minus plena eſſet patris prouiſio,& conſequenter vt fieret iniuria le-
gibus ex quibus legitima debetur,ſi minore portione quæ à patre data eſſet,
contentus eſſe filius cogeretur. Atqui quæſtio quã tractamus ad eũ caſũ per-
tinet,quominus datũ ſit filiæ à patre pro legitima,quàm ei ex legibus debe-
retur ſi nõ renuntiaſſet.Nõ poteſt igitur fieri vt quãdiu vel vnus quadrans ei 14
quãtitati deeſt quæ filiæ ex legibus citra renũtiationem mortis tempore de-
beretur,legibus ſatisfactũ,& naturale hoc debitũ anticipata ſolutione extin-
ctũ videatur.Nec me illud mouet,quòd ſi pater à tẽpore†dotis pro legitima 15
cõnſtitutæ pauperior factus eſſet,nihil tamẽ ex ea portione quã filia ante tẽ-
pus in cauſsã dotis pro legitima accepiſſet,decederet.Nã reſpõdeo vel ex hoc
maximè apparere,portionẽ illã quę nubenti filiæ data eſt pro omni legitimæ
iure,nõ poſſe dici legitimã, nec legitimæ loco cedere,quãuis in legitimã im-
putetur,quoniam ſi aut legitima eſſet,aut legitimæ iure cenſeretur, omnino
eueniret vt diminutis ex poſtfacto patris facultatibus pro ea ſaltem parte in-
debita videri deberet quæ debitam mortis tempore portionem ſuperaret.

At nullam pati poteſt diminutionem,quia non legitima,ſed dos fuit, quam
pater etiam viuus dare filiæ ex officio debuit,& quidem habita ratione bo-
norum,quæ tunc haberet , non eorum quæ moriens habiturus eſſet. Semel
enim conſtitutam dotē ex ſuperueniente patris paupertate diminui non o-
16 portet,nō ſolùm propter† cauſſam publicæ vtilitatis cū vtilitate mulieris cō-
iunctā,quæ dotes ſēper & vbique vult ſaluas atque integras manere,ſed etiam
propter adnexū ius mariti qui nō minore dote vxorē ducturus fuiſſe creden-
dus eſt,*d.l.Titia 64.D.de iur.dot.l.purè 5.§.penult.*D.*de dol.mal.except.* Satiſ-
que patri inopi eſſe debet quòd ſi paupertas dotis conſtitutionem ſecuta eius
ſolutionem præuenerit,non poteſt vrgeri ſuprà quàm facere poſſit , ſin iam
dos ſoluta eſt,alimentorum patri præſtandorū cùm neceſſe eſt , cōtributioni
filia ſit obnoxia,ex fructibus dotis,dum ne maritus pari laboret egeſtate. Ita-
que nihil aliud poſſis ex hac ratione cōcludere præter hoc vnum,quòd aucto
poſt cōſtitutā dotē patrimonio,nō debet idcirco dos filiæ augeri,quę in con-
trarium caſum non diminueretur,vt eadē ratio ſit augmenti & diminutionis.
Dici.n.ſolet non eſſe quē audiendū;ſi id petat cuius contrarium non fuerat
in contrariū euētū poſtulaturus ex *l.penult.*C.*de ſolut.*Sed tamē nec hoc quo-
que facilè mihi videtur admittendum. Quod enim fauore dotis & optima
ratione conſtitutum eſt,vt lapſis ex poſt factopatris facultatibus , nihiloma-
gis minui dos debeat , non eſt mulieris iniuriam retorquendum , vt ob id
minorem legitimam conſequatur , quàm ſi dotem nullam accepiſſet , ne
alioqui paternum officium fraudi ſit filiæ quæ oblatam quæſitámque à pa-
tre conditionem nuptiarum recuſare nec potuit, nec debuit. Quare ſi pone-
17 res excluſam† ſtatuto filiam à legitimæ petitione dummodò congruè dotatā,
non dubitarē,quin ex modo aucti poſteà patrimonij augeri etiā dos deberet,
tametſi ab initio congrua fuiſſet, qui cùm non poſſit ſtatuto in totum tolli
legitima vt frequentiore & veriore interpretum calculo receptum eſt , vide-
tur hoc caſu ſubſtitui dos congrua in locum legitimæ portionis , & conſe-
quenter eaſdē recipit conditiones,non vt quantitati legitimæ reſpondere de-
beat,(ita enim fieret inutilis excluſio per ſtatutū inducta,cùm & citra exclu-
ſionē verum eſſet nullā filiæ legitimā deberi quæ tantā dotē accepiſſet, quā-
tā pro legitima dari ſatis eſſet)ſed vt quemadmodū congrua dos illa fuiſſe in-
telligitur,quæ à patre primùm data eſt in vicē legitimæ,habita ſcilicet ratio-
ne aliqua bonorū quæ tùm pater habuit,licèt non ad legitimam vſque aſcē-
derit,ita incipiat eſſe non congrua quæ poſt auctas facultates eadem manet,
ideóque pro portione aucti patrimonij augeri debeat,vel ex ipſa patris con-
feſſione,qui ſi cùm haberet quingenta duntaxat in bonis,putauit dotem eſſe
congruā centum aureorum,vtique exiſtimauit,ſi ad mille vſque aureos to-
tius patrimonij quantitas excreuiſſet,non aliter congruam fore dotē,quàm ſi
18 eſſet ducentorū.Nec quòd filia† quaſi congruè dotata promiſerit ſe nihil am-
plius petituram, ei nocere debet,cùm non poſſit pactio tam generalem reci-
pere interpretationem,vt ad ea referatur,de quibus non fuit cogitatum.*l. qui
cum tutoribus.9.& paſſ.D.de tranſact.*Neque verò ciuili interpretatione alium
ſenſum poteſt habere ea conuentio,quàm vt nihil poſſit filia petere quandiu
idem rerum ſtatus erit qui conuentionis tēpore fuit,*cap.quemadmodum.Extr.
de iureiur.l.fin.D.qui ſatiſd.cogant.l.fin.*D.*ad municip.*quibus ex locis probari
ſolet iuſiurandum quoque,tametſi nuda conuentione potentius & fauorabi-
lius ſit eandem tamen recipere interpretationem,facit *l.cura 4.§. deficientium
. D.de mu-*

.de muner. & honor. l. ab his oneribus 10. §. *auctis*. D. *de vacat. & excu. mun.* vbi ſcriptum † eſt eos qui obtentu paupertatis excuſati ſunt, aliquando à muneribus & honoribus amittere excuſationem, ſi medio tempore honeſtis rationibus patrimoniũ ex voto incrementum acceperit. In quibus verbis ponderari volo illa verba *ex voto*. Senſus enim eſt, nullam ei fieri iniuriam cui auffertur excuſatio propter auctas medio tempore facultates, cùm ſi eo tempore quo excuſationem paupertas adſerebat, interrogatus fuiſſet an eiuſmodi excuſationem ſibi perpetuam eſſe cuperet, haud dubiè fuerit reſponſurus, malle ſe, ſi poſſet, diuitem fieri, & acquiſitione bonorum iacturã facere excuſationis. Quis enim tam diues eſt, qui augendi ſui patrimonij votum non gerat? Eodẽ igitur modo dici poteſt, non debere iniquo animo ferre patrem ſi propter auctas facultates cogatur augere dotem filiæ, qui non iniquò fert animo factũ ſe locupletiorem, quique dotis conſtitutæ tempore non recuſaſſet ampliorẽ dare dotem, ſi eo duntaxat pretio incrementum patrimonij comparandum habuiſſet. Verumenimuerò etiamſi admittendum eſſet, quod non puto, congruæ dotis augendæ rationem in propoſito nullam eſſe, non tamen recta eſſet conſecutio quæ pragmaticis & interpretibus placet à dote ad legitimam. 19

Sic enim argumentantur † vt dotis & legitimæ non modò iura, ſed ipſa etiam propemodum nomina confundant. Dos, inquiunt, filiæ data, imminutis poſteà patris facultatibus non minueretur. Ergo è contrario ijſdem auctis legitima filiæ non augebitur: cùm id vnum inferre potiùs debeant, Dotem igitur aucto patrimonio augeri non debere. Nam de legitima augenda vel minuenda tractari non poteſt, quandoquidem non niſi ſemel deberi ea & præſtari poteſt, vnóque & eodem inſpecto tẽporis inſtanti, illo ſcilicet quo pater tùm primùm defunctus eſt: deniq; ſi probes non debere dotẽ augeri auctis patris facultatibus, quia iiſdem imminutis, non imminueretur. Probabo eadem ratiocinatione legitimã ergo augeri debere auctis patris facultatibus, quia & iis imminutis minueretur, licèt dos ſemel data nõ minuatur, quia nec quicquam prohibet dotem maiorem eſſe legitima ſicut & minor eſſe poſſet. 20

Sed perpetuus pragmaticorum error † ille eſt ex quo cæteri omnes confluunt, quod putant lègitimam non minùs quam dotem à patre viuo poſſe liberis dari, nec quicquam à legitima differre eam dotem quæ in legitimam imputanda eſt. Quod ſanè è certiſſimis principijs iuris tam abhorret quàm quod maximè. 21

Igitur cùm † non valeat pactio non iurata De non ampliùs quicquam petendo iure pactionis, de non ſuccedendo, nec rurſus poſſit videri filia legitimam percepiſſe quæ dotem pro legitima accepit, concludendum neceſſariò eſt ſaluam ei eſſe legitimæ perſecutionem, ideóque conficiendam ei legitimam ex bonis illis, quæ mortis tempore in hereditate patris reperiuntur, nec conſtitutæ dotis tempus in ponenda legitimæ ratione ſpectandum eſſe. 22

ERROR QVINTVS.

Si iurata ſit renuntiatio filiæ, quæ ſupplementum legitimæ petit ex bonis poſteà quæſitis.

SVMMARIA.

1 *Secundus caſus quo quæri poteſt, an filia quæ dotem pro legitima acceperit, liceat ex bonis*

poſtea quæſitis ſupplementum legitimæ petere: & quæſtionis explicatio.

2 *Sententia pragmaticorum ſtatuentium tempus renuntiationis ſpectandum in æſtimanda læſione filiæ quæ minus legitima accepit renuntians cum iuramento.*

3 *Tempus mortis in æſtimando patrimonio ad probandam læſionem ſpectandum eſſe contra pragmatic.*

4 *Rationes quæ pro filia à quibuſdam pragmaticis adferuntur, & earum refutatio.*

5 *Futiles eſſe rationes quibus pragmatici tempus renuntiationis ſpectandum putant: & num. 8.*

5 *Error pragmaticorum renuntiationes filiarum iuratas habentium pro puris.*

7 *Lapſus Boerij exiſtimantis huiuſmodi renuntiationem iuratam non extendi ad legitimã, extendi tamen ad ſupplementum debitum ex bonis poſt renuntiationem acquiſitis.*

9 *Conciliatio pragmaticorum quorundam reiecta.*

1 HIc alius † caſus eſt, quem ſuperioris cap. initio præfati ſumus poſſe admittere propoſitam quæſtionem, Vtrum filiæ quæ dotem, aut quid aliud pro legitima accepit permittendum ſit; vt ex bonis poſteà quæſitis ſupplemẽtum legitimæ petat. Ponimus autem ſic conceptam renunciationem, vt eius poteſtate filia ſit excluſa etiam à legitimæ portionis petitione, ſiue nobiſcũ ſentias filiã quę futuræ ſucceſſioni cum iureiurãdo renunciauit, hoc ipſo à legitima quoque excluſam intelligi, ſiue ſpecialẽ legitimæ renunciationẽ neceſſariã eſſe defendas. Ex quo apparet ita demum poſſe huic quæſtioni locum eſſe, ſi de renunciatione illa ex cauſſa immodicæ læſionis reſcindenda quæratur. Nam quandiu tenet renunciatio, per quam fiat vt neque legitima vlla, nec proinde legitimę mæ ſupplementũ vllum debeatur, fruſtra quæras de legitimæ iuſta quãtitate. Rurſus vbi iam ex iuſta aliqua cauſſa reſciſſa fuit renunciatio, nihil eſt quod de renunciationis poteſtate tractari poſſit, quæ ſcilicet in eo eſt vt perinde habeatur, acſi numquam facta fuiſſet: quo caſu certum vtique ius eſſet in ponenda legitimę ratione non aliud tempus ſpectandum fore quàm quo pater mortuus eſſet, at quoniã placuit renũciationes huiuſmodi quãtumuis iuratas reſcindi poſſe ob immodicam lęſionem, quęſtionis vtilitas in eo eſſe poteſt, vt ſciamus an in ęſtimanda lęſione, cuius probatio ad reſciſſionem neceſſaria eſt, habẽda ſit ratio eorum duntaxat bonorũ quę renũciationis tempore fuerunt, an illorũ etiã quę ex poſtfacto, & in tẽpus vſq; mortis acceſſerũt, in qua
2 quęſtione occurrit ſtatim † quod dicas cũ pragmaticis & interpretibus renũciationis tẽpus ſpectandũ eſſe, vt & aliàs quoties de cõtractu reſcindẽdo agitur ob lęſionẽ, tẽpus contractus inſpicimus *l. ſi voluntate* 8. D. *de reſc. vendit.* Neq; verò fieri poteſt vt qui ſe in cõtrahẽdo lęſum fuiſſe dicit, alterius temporis rationẽ haberi velit quàm quo cõtraxit. Addũt, in iure quęrendo nullã poſſe lęſionẽ cõſiderari propter dubiũ euentũ ex *l. de fideicõmiſſo* 11. C. *de trãſ.* Itẽ id quod ab initio legitimè factum eſt, nõ debere irritũ fieri ex caſu ſuperuenienti, *l. 2. ff. de itin. actúq; priuat.* Addit *Decius conſ.* 612. conſiderandum eſſe quòd filia quę dotẽ & legitimã à patre accepit, potuit ante patrem decedere: quo caſu nec legitima ei debita fuiſſet, nec pro legitima, aliud quicquam. Sed pręcipua omniũ ratio illa eſt, quã nos ſuperiore capite iã agitauimus, quòd etiãſi tẽporis quòd renunciationẽ ſecutum eſſet rationẽ haberi oporteret, nollet tamẽ filia pati dotis quã à diuite patre accepiſſet diminutionem ob imminutas patris facultates. Cur ergo, inquiunt, ei permittamus, vt iiſdem facultatibus adauctis legitimã ſibi augeri velit, & ex eo augmento inducat probationem læſionis quæ alioqui inſpecto contractus tempore nulla eſſet? arg. *l. pen.*

C. de

C. de ſolut. Sed tamen ſi propiùs & ſubtiliùs intueare, videbis nihil hac parte intereſſe, an filię renūtiatio fuerit iurata, nécne: Vtroque † n. caſu, id eſt, ſiue 3 per reſtitutionē in integrū ex cauſſa lęſionis, ſiue citra reſtitutionem petatur ſupplementum legitimę per filiā quæ aut cū iureiurando aut ſine iureiurādo renūtiauit, dico eā patrimonij quantitatem inſpici debere quę moriente patre fuit, non quæ tēpore renuntiationis; ratione tamen diuerſa. Nā cùm iuſiurandū nullū interuenit, ea ratio pro filia facit, quod neq; per renuntiationem excluſa eſt, quia renunciatio nō valuit, neq; per dotis aut legitimæ perceptionē, quia nec volens legitimā potuit cōſequi à viuo patre, licèt id quod accepit in legitimā debeat imputare: itaq; ſaluam habet legitimę petitionem ſalua imputādi neceſſitate, & cōſequenter cùm legitima nō debeatur, niſi ex eo tempore quo pater defunctus eſt, cōſequēs fit vt nō tā ſupplementū legitimę quàm legitima ei debeatur: in ea verò ęſtimāda nō aliud patrimoniū, quàm quod mortis tēpore fuit ſpectetur. Interueniente autē iureiurādo filię quæ pacta ſit de legitima numquā petenda, facit pro filia, quod nobis in ſuperioribus inculcatum ſępius, & probatum eſt, quòd huiuſmodi renunciatio quantūlibet iurata licet ab initio ſtatim valeat, viréſque accipiat, tamē habet tacitā cōditionē ſi quādoque legitima portio deferetur, cùm neque iuriſiurādi poteſtate, neq; alia vlla iuris ratione fieri poſſit vt excluſio pręcedat delationem, quemadmodum *Caſtrēſis* poſt *Bart. & Baldum* tractat ad *l. qui ſuperſtitis* 94. *de acquir. hered.* Vnde fit vt nō priùs renūciatio vires ſuas exerat & demonſtret ad filiā excludendā, quàm pater ſit mortuus, quo demum inſtanti naſcitur ius petendę ſucceſſionis aut legitimæ portionis, arg. *l. ſi Stichū* 8. §. *ſi quis ita. l. quoties* 34. *D. de nouat. l. ſub conditione* 16. *D. de ſolut.* Illud igitur inſtans præcisè ſpectandū eſt in æſtimanda lęſione quo pater deceſſit: ac proinde ea ipſa quantitas patrimonij quę tum fuit. Idque quod magis mirabere, prorſus conſequens eſt ei regulæ qua mouentur pragmatici vt contra filiam reſpondeant, & quę habet, in reſcindendo contractu ex cauſſa lęſionis inſpiciendum eſſe tempus contractus. Tempus namque contractus illud intelligendum eſt, non in quo, ſed in quod contractum eſt, id eſt, in quod collatus fuit effectus conuentionis, *l. quod ſponſa* 4. *Cod. de donat. ant. nupt. l. in tempus* 62. *D. de hered. inſtit.* Itaque perinde habetur hæc renunciatio acſi non niſi primo poſt patris mortem inteſtanti facta eſſet, ac proinde tempus mortis neceſſariò ſpectādum eſt, vt ſciatur quid veniat in renunciationem, & quanta ex renunciatione læſio inducatur. Cúmque ex eo appareat filiam quę legitimę renūciauit, hoc ipſo quod de legitima locuta eſt, cogitaſſe non de ijs tantùm bonis quę pater tū habebat, ſed de ijs etiā quę pater acquirere ſibi poterat in tēpus vſq; mortis, quia nec prius de legitima quęrendū erat, neceſſaria cōſecutio eſt acquiſitorū ex poſtfacto bonorum rationem habendam eſſe in æſtimanda læſione, cùm veniant in renunciationem. Nam ſi nō venirent, alia ratio eáque euidentior pro filia vrgeret, quod ei nocere non poſſet renunciatio quod ad bona illa quibus non renunciaſſet: Tritum enim eſt, actus agentium non vltra eorum intentionem operari debere. Scio eſſe ex interpretibus nonnullos † qui pro filia hanc potiſſimùm rationē adferāt, 4 quòd non videatur illa cogitaſſe de bonis quæ pater acquirere poſt renunciationem potuiſſet, indéque inferant, non debere maiorē hac parte vim eſſe iuriſiurandi, quàm ſimplicis renunciationis, niſi hactenus vt faciat valere renunciationē, quæ alioqui non valeret, non etiam vt plus comprehendatur

renuntiatione quàm ſi iuſiurãdum non interueniſſet, propterea quòd iuſiurandum quoque ſicut & ſimplex renuntiatio tacitam illã interpretationem recipiat *rebus ſic ſtantibus*, neque facere poſſit vt extendi debeat conuentio ad ea de quibus non fuit cogitatum: quemadmodum ſuperiore capite dicebamus. Sed mihi ratio hæc placere nunquã potuit, quia non puto fieri poſſe vt renuntiatio legitimam comprehendat, quin de bonis omnibus in mortis vſque tempus acquirẽdis cogitatum eſſe videatur: ſiquidem eo demum tempore, nec priùs incipit locus eſſe quæſtioni de legitima. Nec illa quoque ratio mihi placet quam nonnulli adferũt pro filia, quòd ex Iuſtiniani conſtitutione poſſit dos filiæ diminui ſi pater facultatibus labi cœperit, *Auth. ſed quamuis. C. de rei uxor. act.* Nam vt taceam quod illi ipſi negant, conſtitutionẽ illam in vſu vnquam fuiſſe receptam, pertinet ius illud nouum ad dotẽ quæ ſoluto filiæ matrimonio reuerſa ſit ad patrem, aut poteſtatis aut pactionis iure. Cuius certè ratio longè diuerſa eſt ab ea dote quæ penes maritum ſit, ſiue conſtante matrimonio, ſiue ſoluto quidem, ſed ſuperſtitibus ex eo liberis quam diminui poſſe nullo caſu proditum eſt. Conſtat autem ex ſuperio-
5 ribus quàm futiles † ſint rationes omnes quibus mouentur noſtri, vt renuntiationis tempus, non mortis ſpectandum eſſe probent. Nam quod aiunt, contractus tempus ſpectandum eſſe cùm quęritur de lęſione quæ in contractu interuenerit, ego equidem admitto, ſed renuntiationis tempus illud, vt dixi, intelligo in quod collata diſpoſitio eſt, non quo inſtrumẽtum conſcriptum fuit. Itẽ quod addunt, nullã in iure quęrendo læſionem non poſſe conſiderari propter dubij euentus incertitudinem, ad rem non pertinet. Nam cùm renuntiatio hæc futuræ legitimę in id tempus conferatur quo legitima debebitur, ac proinde quo ius petendæ legitimę non quærendum, ſed quæſitum erit, nihil vetat quominus certa lęſio conſiderari poſſit habita ſcilicet ratione bonorum quę in morientis patris hereditate reperientur. Simile eſt quod obiiciunt, id quod ad initio conſtitit, non debere irritum fieri ex caſu ſuperuenienti. Etſi enim renuntiatio, nihil obſtante tacita illa conditione, quã habet, ſi legitima ſucceſſio aut portio deferetur, vires ab initio accipit, ſcilicet hactenus vt non ſit in poteſtate filię ne exiſtente quandocunque renuntiationis conditione, ex iureiurando ſuo obligetur, tamen cùm effectum ſuum conferat in tempus mortis, quo demum inſtanti extitura eſt conditio, perinde habetur renuntiatio acſi non niſi eo ipſo inſtanti facta eſſet, ac conſequenter incrementum illud patrimonij quod medio tempore accidit, non tam ſecutum eſſe quàm præceſſiſſe renuntiationẽ intelligitur. In eóque per-
6 petuus pragmaticorum & interpretum noſtrorum error † eſt, quòd renuntiationes iſtas cùm iuratę ſunt, habent illi pro puris, nimirũ exiſtimantes legitimam à viuo patre dari poſſe filiæ prorogari: quorum vtrumque falſiſſimum eſt. Quis verò non miretur *Boerium deciſ. 3. & 62.* & alios pleroſq; qui
7 cùm defendant renunciationẽ † iuratam non extendi ad legitimam, volunt tamen extendi ad ſupplementum debitum ex bonis poſt renũciationem acquiſitis? An non enim ſupplementum hoc legitimę ipſa legitima eſt, aut ſaltẽ pars legitimæ? Aut quomodo fieri poteſt, vt cui legitima nulla debetur, ei legitimæ ſupplementum aliquod debeatur? Sed magis ridiculum illud
8 eſt quod poſtremo † loco obiecimus ex Decio, potuiſſe fieri vt filia quę legitimæ iuratò renunciauit accepta dote, ante patrem moreretur, quo caſu, inquit, non eo minùs legitimam quæ nulla debita fuiſſet, habuiſſe videretur.

Nego

Nego enim futurum eo caſu vt habuiſſet legitimam. Dos enim illa non legitima dicenda eſſet, neque legitimæ loco dos ceſſiſſe dici poſſet eo caſu quo legitima nulla vnquam debita fuiſſet. Sed & præmortua ſine liberis filia dos illa ad patrem rediiſſet, *l. dos à patre* 4. *C. de ſolut. matrim.* Liberis verò ſuperſtitibus in eorum legitimam imputanda fuiſſet, vt ſequenti Decade ſcribemus. Vtroque igitur caſu ſatis ſupérque conſultum eſſet patri, cui propterea non eſt quod in eo faueamus vt minorem filiæ legitimam debeat, quàm ſi nihil ab eo viua filia accepiſſet, illa enim ſemper obſeruanda differẽtia eſt quam nos inter dotem & legitimam conſtituimus, cauendúmque ne dotis & legitimæ iura confundantur. Non enim ſicut legitimæ, ita & dotis amplioris renunciatio tacitam vllam habet conditionem, quia dotem filiæ debet viuus pater, legitimam verò non niſi mortuus. Itaque ſi in dote læſam ſe dicat filia quaſi minùs congruam à patre acceperit, qui ampliorem dare ex officio debuerat, renunciationis tempus præciſè ſpectabimus, nec bonorum poſteà acquiſitorum vllam habebimus rationem, quoniam nihil eſt quod imputari poſſit patri qui ſemel congruam dotem dedit, inſpecto patrimonio quod tunc habebat: nihilque filiæ intereſt quæ quantò minorem dotem erit conſecuta, tantò ampliorem legitimam conſequetur. De illa ſiquidem filia loquimur quæ ſtatuto excluſa non ſit à petitione legitimæ propter dotem: ſed tantùm pacto per renunciationem: alioqui dicerem auctis ex poſtfacto patris facultatibus, dotem, quæ ab initio congrua fuiſſet, minùs congruam fieri, ideóque augeri debere, vt à nobis ſuperiore capite probatum eſt. Ex eáque dotis & legitimæ diſtinctione illud etiam apparet quàm parum probabilis ſit ea ſententia quæ in propoſita quæſtione ad conciliandas interpretum contrarias opiniones, pragmaticis noſtris magis placet. Aiunt † enim, ſi filia ab initio congruenter dotata ſit, & qui- 9
dem ita vt non poſſit probare ſe læſam inſpecta ea bonorum quantitate quam pro legitima habere debuiſſet, ſi tum pater deceſſiſſet, non eſſe illam audiendam ſi ob quantumcumque auctas ex poſtfacto facultates patris ampliorem legitimam petat, ſéque læſam probare velit ex comparatione patrimonij quod moriens pater reliquit, eſſe tamen audiendam ſi ab initio læſa fuit vel in modica quantitate, quaſi fauendum ſit patri qui bona fide rem cum filia egit, non item ei qui filiæ facilitate abuti voluit vt eam circumueniret. Eſſet enim hęc conciliatio probabilis ſi dotis & legitimę idem ius eſſet, aut ſi dos à patre data legitimæ loco cedere poſſet, nec magis legitima patre quandocumque mortuo quàm dos, filiæ iam congruenter dotatæ deberetur. Sed cùm hæc omnia longè aliter ſe habeant, nec quicquam ſimile aut commune gerat dos cum legitima niſi quod in legitimam imputatur, cúmque diminutis ex poſtfacto patris facultatibus, filiæ legitima minuatur, quamuis non ipſa dos, concludendum eſt renunciationem legitimæ tametſi iuratam reſcindi poſſe ex cauſſa immodicæ lęſionis, ęſtimata lęſione ex comparatione patrimonij quod non renunciationis, ſed paternę mortis tempore fuit, ſiue ab initio congrua dos fuerit, ſiue non.

Digitized by Google

ERROR SEXTVS.

De læſione quæ locum facere poßit reſtitutioni aduerſus iuratam pactionem de non ſuccedendo

SVMMARIA.

1 *Renuntiatio etiam iurata futuræ ſucceſſionis aut legitimæ portionis reſcindi poteſt ob immodicam læſionem.*

2 *Quanta læſio hic eſſe debeat, vt in integrum reſtitutioni locus eſſe poßit.*

3 *Pragmaticorum Italorum & interpretum ſententia multiplici diſtinctione ſuffulta.*

4 *Diſtinctionis interpretum examen, & ſeqq.*

5 *Bonifacij conſtitutionem perperam produci à pragmaticis ad eum caſum quo alij quàm patri facta eſt renuntiatio.*

6 *Diſtinctionem inter maiorem & minorem cùm agitur de huiuſmodi reſtitutione ab interpretibus non rectè reijci.*

7 *Iurisiurandi autoritatem iniquè produci ab interpretibus.*

8 *Itali pragmatici abſolutionem à iureiurando contractui adhibito difficiliùs concedunt, quàm Galli.*

9 *Quæ læſio ſufficiat ad reſtituendam filiam minorem.*

10 *Enormis læſio cum reuerentiali metu coniuncta probationem non poteſt inducere eius metus, quem requirit Edictum, Quod metus cauſſa.*

11 *Sententia l. ſi ſuperſtite 5. C. de dol.*

12 *Iuſiurandum facere non debet, vt impediatur reſtitutio quæ ex læſione iuſtam cauſam habet.*

13 *Diſtinctio interpp. reiecta.*

14 *Eandem vtrique parenti reuerentiam liberi debent.*

15 *Quid docere ſufficiat filiæ quæ renuntiauit patri, vt in integrum reſtitui poſſit.*

16 *Ad quos pertineat l. vlt. C. qui & ad quos in integr. reſt. non poſſ.*

1 CVM dixerimus renunciationem † futuræ ſucceſſionis aut legitimæ portionis reſcindi poſſe ob immodicam læſionem, tametſi iuſiurandum interueniſſe proponatur, illa quæſtio nũc
2 tractanda ſupereſt, quantam † læſionem eſſe oporteat vt in integrum reſtitutioni locus eſſe poſſit. In qua quęſtione video interpretes à pragmaticis ferè omnibus præſertim Italis probatos, diſtingue-
3 re, † An patri facta ſit renunciatio, an alij quàm patri. Priore caſu volunt iuſtam eſſe petendæ abſolutionis & in integrum reſtitutionis cauſſam ſi læſio ſit enormis, vt loquuntur, id eſt vltra dimidiam: cõcurrit enim ex alia parte, inquiunt, reuerentia, quam filia debet patri, propter quam veriſimile ſit non audentem eam contradicere, ac proinde metu potiùs quàm libera voluntate inductam renunciaſſe *arg. l. §. quæ oneranda. D. quar. rer. act. non dat. l. ſi ſuperſtites 5. C. de dolo. vlt. D. de furt.* Atque ita ex capite edicti *De eo quod met. cauſſ.* dant reſtitutionem in integrum, nil obſtante iureiurando, quod ita demum ſeruari vult pontificia conſtitutio in *cap. 2. de pact. in 6.* ſi neque vi, neque metu, neque dolo pręſtitum ſit, ne alioqui vinculum ſit iniquitatis potiùs quàm religionis. Nec diſtinguunt an maior ſit filia, an minor annis vigintiquinque. Ideò fortaſſis quòd paternâ reuerentia non minùs vrgeatur filia quę maior quàm quæ minor eſt: quódque pręſumendum non ſit voluiſſe patrem decipere filiam minorem potiùs quàm maiorem, *l. Aurelius 29. §. Titius teſtamento ad fin. de liber. legat. l. penultim. §. 1. vbi Bald.* Cod. *de adopt.* At poſteriore caſu quo alij quàm patri facta ſit renunciatio, magis probant vt melioris conditionis eſſe debeat filia minor quàm maior. Propterea quòd ſuc-

currendum

ſurrendum ſit minori ſi enormis tantùm & vltra dimidiam læſio probetur, maiori verò nō aliter quàm ſi enormiſſimè læſa ſit, hoc eſt, lōgè vltra dimidiam, & ad eã vſque quãtitatem quæ ſit vltra beſſem, fortè ſi legitimę quam aureis plus quàm trecentis dignam eſſe apparuit acceptis centũ renuntiauerit. Hoc autem ideò quoniã exiſtimant nouam Imperatorum conſtitutionē in *l.2.C.de reſcind.vendit.* quam ad cęteros ferè omnes contractus ex eadem humanitatis ratione protrahunt, non habere locum ſi iuſiurandũ interuenerit, niſi non enormis tantùm ſed enormiſſima quoque læſio accedat, quę iniquitate re ipſa dolum habet, cùm non ſit veriſimile cōſenſurum quemquam fuiſſe in tam grandem læſionem, ſi non fuiſſet adhibitus dolus, quem tamen ſicut & vim & metum à iuramento excludi æquum eſt: ne patrocinium ſumat à legibus quarum poteſtate purgandus ſit potiùs, & vindicandus. Parum enim referre arbitrantur an dolus ex propoſito dederit cauſſam contractui, an inciderit in contractum, niſi quod illo caſu contractum ipſo iure nullum, iſto verò reſcindendum eſſe volunt; & quidem ita vt in integrum omnia reſtituantur, nec ei qui alium decepit iuſti pretij ſupplendi electio relinquatur. Mihi verò tota hæc diſtinctio † quàm ex cōmuni aliorũ ſenten- 4
tia refert probátq; *Didac. Couarr. in 3. part. relect. cap. quamuis pactũ. §.4.n.7. & ſeqq.* non plura verba cōtinere videtur quàm errata. Primùm enim illud mihi valdè ſuſpectum eſt quod pontificia † cōſtitutionē quæ nō niſi de re- 5
nuntiatione patri per filiam facta loquitur, protrahũt ad alias quoq; renunnunciationes quæ alij cuicumque factæ ſint, dũmodò iuſiurandũ interuenerit. Etſi.n. cōſtitutionis ratio pręcipua ſumitur ex autoritate iuriſiurãdi quod omnimodo ſeruãdum eſt quoties citra diſpẽdium ſalutis æternę ſeruari poteſt, nemo tamen non videt longè minùs odioſam eſſe renũciationē, ideóq; faciliùs iureiurãdo cōfirmari debere, quæ patri quàm quæ alij facta eſt, quia prudens bonúmq; pro filia conſiliũ pater cepiſſe credẽdus eſt, nō etiã mater cui propter ſexus fragilitatē ne quidem facultas boni cōſilij capiendi ſuppetit. Nō etiam fratres, qui ſororis renuntiantis facultates quantaſcumque vel vno nummo ſi facere poſſent, ne dicam ipſius morte redemptas plerúque vellent. Itaque non facilè, meo iudicio, debuit noua cōſtitutio & ſatis alioquin odioſa produci ad alias perſonas, propter eã doli pręſumptionem quę ex pactione ipſa legibus prohibita iuduci nō temerè poteſt, & ex qua nō mediocriter labefactatur autoritas iuriſiurandi quę nō tantùm à dolo, ſed à doli etiam ſuſpicione vacua eſſe debet: doli porrò ſuſpicionem ſola patris perſona purgare poteſt, non etiam cęterorum qui pietatis & prudentię paternæ aculeos nullos ſentiunt. Denique ſicuti iuſiurandum facere non poſſet citra Bonifacij cōſtitutionem vt à paterna ſucceſſione excludi deberet filia quę contra legum prohibitionē pacta eſſet de non ſuccedendo, quoniã iuſiurandum quoq; nullius momenti haberetur quod pręſtitũ eſſet contra leges, *l. non dubium 5. C. de legib.* Ita & cùm alij quàm patri facta renuntiatio eſt, ius antiquũ ſeruandũ eſt, vtpote ceſſantibus hoc caſu verbis nouę conſtitutionis, ceſſante etiam ęquitate ipſa qua propter patris perſonã moueri ſummus Pontifex potuit, vt huiuſmodi iuſiurandum tueretur, quæque perpetua iuriſiurãdi comes eſſe debet, Deinde quod addũt interpretes, nihil referre an filia quę pa- 6
tri renũtiauit, minor eo tempore fuerit an maior annis vigintiquinque, nec illam magis quàm hanc poſſe in integrum reſtitui ſi non enormis quoque læſio accedat ad metum reuerentialem, non poteſt, meo iudicio, verum eſ-

Digitized by Google

ſe. In omni ſiquidem iuris parte fauetur minoribus magis quàm maioribus extra cauſſam doli vel delicti, maximè verò cùm agitur de ęquitate reſtitutionis in integrũ ex cauſſæ læſionis indulgẽdæ: vt ea ætas lubrico doli & deceptionis longè magis expoſita eſt, quàm quę iam plena & perfecta plus cõſilij iudiciíque habet ad res bene prudẽtérque adminiſtrandas. Ratio autem illa qua mouẽtur interpretes, vt omnẽ ętatis diſtinctionẽ hac parte reiiciát,
7 apertè falſa eſt. Putãt enim iuriſiurãdi† autoritatẽ cã eſſe debere, vt filiã quæ renuntiauit, nõ aliter à iureiurãdo abſolui oporteat, quàm ſi per vim & metum aut per dolũ ad iurandũ adacta probetur, ſiue minor fuerit, ſiue maior, dummodo pubes, quòd ex iureiurando puberes omnes ęquè obligẽtur. Quę ſententia ſi vera eſt, non video quonã alio caſu verius dici poſſit ſummũ ius ſummã eſſe iniuriam. Quoties enim cõtractus talis eſt, quem ſi iuratus non eſſet, ex cauſſa aliqua reſcindi oporteret, non debet iuſiurandũ eſſe vinculum iniquitatis vt impediat ęquitatẽ reſtitutionis. Ipſo nãq; rerũ quotidiano vſu cõpertum eſt qua facilitate quis cõtrahit & decipitur, eadẽ quoq; perſuaderi vt iuret. Nec eſt quod quis obiiciat ita fieri vt nulla ſit autoritas iuriſiurãdi. Eſt.n. maxima in eo quod firmat cõtractus, facítq; vt ipſo iure valeat qui aliter nõ valeret, ita vt nec abſolutio peti, aut ſaltẽ effectũ habere poſſit, niſi
8 maxima ęquitate id ſuggerente. In quo pragmatici† Galli noſtríque vidẽtur mihi æquiores, ne dicam prudentiores Italis. Non enim ſeparãt cauſſam abſolutionis à cauſſa reſtitutionis, ſed vbicunq; ſubeſt ęquitas quæ reſtitutionẽ dari debere ſuadeat, abſolutionis quoque indulgendę rationẽ ſubeſſe exiſtimãt, quã & iudex eccleſiaſticus paſſim & ſine cauſſæ cognitione indulgere ſolet, quamuis ad fines agẽdi tãtùm, & eo demùm caſu effectũ habiturã quo iudex laicus ad quẽ ſpectat cognitio reſtitutionis, cauſſá cognitã reſtitutionẽ petenti cõceſſerit. Itali contrà quotieſcũque adhibitũ eſt iuſiurãdũ quod neque vi neque dolo malo formali aut pręſumpto extortum ſit, nihil aliud intuendũ exiſtimãt niſi an ſine detrimẽto ſalutis ęternę ſeruari poſſit néc ne, ſiue mulierẽ proponas ſiue contra Velleianũ interceſſerit, aut de dote malè pacta ſit; ſiue minorẽ, q̃ pręDia ſine decreto iudicis perperã & viliſſimo pretio diſtraxerit: adeò vt nec aliter huic iniquitati poſſe occurri apud Pedemõtanos creditũ ſit, quàm ſi edicto Principis quod in eã rẽ extat, prohiberentur notarij ne in eiuſmodi inſtrumẽtis cõponendis iuſiurandũ mulieris aut minoris vllum adhiberent. Admiſſo igitur eo iure quo Senatus noſter vtitur vt nil obſtante iureiurando perinde reſcindi cõtractus poſſit ſi ſubſit cauſſa re-
9 ſtitutionis acſi iuratus non eſſet, dico† renunciationẽ quã patri filia, licèt iuratò fecerit reſcindi poſſe & debere ex cauſſa lęſionis, ſi filia minor fuit, quãuis intra dimidiã læſa proponatur, quia quod hoc etiã caſu enormẽ lęſionẽ interpretes requirũt, ex eo proficiſcitur, vt dictũ eſt, quòd ita demũ filiam à iuriſiurãdi vinculo abſolui poſſe volũt, ſi per vim aut metũ adacta ſit ad iurandũ: metũ verò illũ non ex qualibet lęſione induci poſſe putant, ſed ex ea tãtùm quæ ſit enormis, quę nec ipſa ſufficeret niſi metus quoq; reuerẽtialis cõcurreret. Tolle igitur errorẽ illũ ſuperſtitioſũ magis quàm religioſum de iuriſiurãdi autoritate. Relinquetur vt ea lęſio ſufficere debeat ad indulgendũ minori filiæ auxiliũ reſtitutionis, quę ſufficeret ſi citra vinculum iuriſiurãdi pactio illa de nõ ſuccedendo valere potuiſſet. Atqui nemo non fatetur eo caſu ſuccurrẽdũ fore minori filię potiùs quàm maiori ex cauſſa lęſionis immodicę, quoniã vbi ſola lęſio inducit reſtitutionẽ, cõſtat in maiorũ dũtaxat

non

nō etiam in minorū reſtitutionibus conſtitutū eſſe vt lęſio vltra dimidiā iuſti
pretij requiratur. Idē ergo & interueniente iureiurando admittendū eſt. Sed
& ex eo quod interpretes volūt enormē læſionē cū reuerentiali metu cōcur-
rentē ſufficere vt filia etiā maior annis vigintiquinque per vim & metū iu-
raſſe exiſtimetur, contendo fieri debere vt in filia minore minorē quoque lę-
ſionē exigere debeamus. Etſi enim metus reuerentialis in cuiuſlibet ætatis fi-
lia idē eſt & eſſe debet, nec ſolus ſufficit ad impetrādam reſtitutionē, *l. ad in-
uidiam* 6. *vbi Bart. notat.* C. *de eo quod vi met. cauſ.* cùm tamē coniuncta læſio
inducat metū, ſi noſtris credimus, cōſentaneū eſt vt quemadmodū minor læ-
ſio ſufficeret in perſona minoris filiæ ad inducendā æquitatē reſtitutionis ſi
ſola læſio ſatis eſſet, ita & minor læſio in perſona filiæ minoris debeat induce-
re metū præſumptū. Nā & multò facilius eſt vt minori annis vigintiquinque
quàm vt maiori metus inferatur. Siquidē in prætoris edicto metus nō alius
intelligitur, quàm qui ſit iuſtus, & qui cadere poſſit in cōſtātē virū. Nemo au-
tē neſcit minùs eſſe cōſtātiæ in minore quàm in maiore. Quamquā hæc ipſa
ratio facit vt nō putē verū quod tā conſtanter interpretes omnes defendunt
enormem † læſionem cum reuerentiali metu coniunctā inducere probationē 10
eius metus quem interuenire neceſſe eſt, vt ex edicto. Quod metus cauſſa id
quod geſtum eſt reſcindatur. Tantum enim abeſt vt præſumptus metus ſuf-
ficere poſſit ad reſtitutionem, qualem eſſe hunc fatentur qui ex metu reue-
rentiali & enormi læſione inducitur, vt nec verum metum illatum eſſe pro-
ſit, niſi talis metus ſit qui cadere poſſit in conſtantem virum. Quid verò
cum eo metu ſimile habet pudor filiæ quæ patri exiguam dotem offerenti vt
filiæ renunciationem extorqueat, contradicere non audet? Alterutrum igi-
tur admittendum eſt, vt vel metus reuerentialis ſufficere debeat impetran-
dæ reſtitutioni ſi læſio aliqua non prorſus modica accedat, ſiue filia maior
ſit ſiue minor, vel nulla lęſionis ratio habenda ſit quantacumque propo-
natur. Nuſquam enim ſcriptum reperias commune quicquam habere lę-
ſionem cum metu, an ſi quid in ea re læſioni tribuendum eſt, enormem po-
tiùs & quę ſit vltra dimidiam quàm aliam quę non omnino modica ſit, re-
quiri. Pugnatque ex diametro cum hac interpretū traditione † lex *ſi ſuperſtite* 11
5. C. *de dolo.* in cuius ſpecie filia quæ cum patre contraxerat, tametſi immodicè
læſa eſſet, iuuatur contra patrē non ea parte edicti quæ eſt De eo quod metus
cauſſa, ſed ex capite De dolo, temperata tamen propter paternam verecūdiam
verbis in factum conceptis actione. Etſi enim actio illa in factum non in-
famat, cùm tamen ſubſidiaria ſit actionis De dolo, non alio caſu dari poteſt
quàm quo actio de dolo dari poſſet ſi paterna verecundia non obſtaret. At-
qui non competeret de dolo, quandiu ex capite De eo quod metus cauſa in-
dulgeri reſtitutio poſſet: paterna igitur verecundia cum læſione quantum-
cumque enormi coniuncta non poteſt inducere auxilium prætoris, quod il-
le metum iuſtum paſſis pollicetur. Quæ cùm ita ſint apparet illam quoque
diſtinctionis partem falſam eſſe, quæ habet, Si filia quæ renuntiauit alij quàm
patri renunciauerit, non aliter poſſe eam reſtitui ex cauſſa enormis læſionis,
quàm ſi ſit minor annis vigintiquinque. Sin maior ſit, enormiſſimam læſio-
nem probandam eſſe. Nam vt ita diſtinguant mouentur etiam ſola iuriſiu-
randi autoritate, & ceſſante metu reuerentiali cùm alij quàm patri filia re-
nunciauit, nullam violandi iuriſiurandi cauſſam ſatis iuſtā eſſe putant, præ-
ter dolum, quem porrò ita demum in re ipſa ineſſe putant vt dolo ex propo-

ſito comparetur, ſi enormiſſima læſio probetur interueniſſe. At nos iam di-
12 ximus iuſiurandum † facere non debere vt impediatur reſtitutio quæ ex læſio-
ne iuſtam cauſſam habet, licèt neque vis interceſſerit, neque metus, neque
dolus. Idque igitur iuris in huiuſmodi renunciationibus alioquin odioſis &
à iure ciuili prohibitis ſeruandum erit quod in aliis contractibus fauorabili-
bus licèt iuratis ſeruari ſolet, vt ſi à maiore reſtitutio petatur enormis læſio
probanda ſit: ſin à minore, minor quoque læſio requiratur. Sed neque video
13 quid interſit † an patri filia renunciauerit an alij, cùm de paterna ſucceſſione
actũ eſt. Non enim valere poteſt pactio inter filiã & alios facta de non ſuc-
cedendo patri niſi patris conſenſus accedat: ex *l. vltim. Cod. de pact.* quo in-
teruenientе vix eſt vt non idem reuerentialis metus adſit, qui adeſſet ſi ipſi
patri facta eſſet renunciatio. Cur ergo aliud hoc caſu admittemus, nec æquè
ſuccurremus filiæ licet maiori, vt ſaltem probata enormi læſione reſtitua-
tur? Quod ſi de alia quàm de paterna ſucceſſione actum ſit, vix etiam eſ-
ſe puto vt non eodem iure conſeri debeat filia quæ matri, quo ea quæ pa-
tri renuntiauit. Etſi enim non eadem matris quæ patris in liberos poteſtas
14 eſt, eandem tamen † vtrique parenti reuerentiam liberi debent, cùm ea reue-
rentiæ exhibendæ neceſſitas non ex iure poteſtatis, ſed à natura proficiſcatur.
Itaq; cùm ſubſit vtroque caſu idẽ metus reuerentialis, non debet deterioris
conditionis eſſe filia quæ matri renunciauit quàm quæ patri, nec maioris læ-
ſionis probatione oneranda eſt. Quam etiam ob cauſſam, ſuprà moti ſumus
contra interpretes ex *d. l. ſi ſuperſtite C. de dolo*, vt probaremus ex metu reue-
rentiali iuncto cum immodica læſione iuſtũ metum non induci, quamuis ea
lex loquatur de filia emancipata, quia ſcilicet reuerentialem metum inducit
nomen patris non ius poteſtatis, vt de dote profectitia ſcriptum eſt in *l. 5. §. 1.*
D. de iur. dot. Planè extra parentes fateor reuerentialẽ metũ nullum eſſe, cu-
ius in concedenda reſtitutione ratio haberi poſſit. Nolo hîc repetere quæ
iam ſæpius à nobis in ſuperioribus tractata ſunt contra inueteratũ illum er-
rorem interpretum De dolo in re ipſa ex enormiſſima læſione inducẽdo. Sed
hoc tantùm monere volo, facilius eſſe vt filia in integrũ reſtituatur aduerſus
cõtractum quem cũ patre iniit cùm ſe ex ſua ſimplicitate deceptam allegat
quàm ſi metum vel dolum ſibi à patre illatum eſſe diceret, ſicut apparet ex ea
prudẽtũ veterum diſtinctione quam Iuſtinianus refert in *d. l. vlt. C. qui & ad*
15 *uerſ. quos in integ. reſtit. non poſſ.* Vt intelligamus † filiã quæ patri renunciauit,
nõ in eas eſſe redigẽdã anguſtias ſi in integrum reſtitui velit, vt dicat, probét-
ve dolo ſe patris vel metu adactã vt cum iureiurãdo renunciaret, ſed ſufficere
debere ſi dicat ſi læſam ſua ſimplicitate probétque lęſionem: cui conſequens
eſt vt ętatis quoque diſtinctio admittenda ſit, tantóque faciliùs reſtituẽda filia
quæ minor fuit quantò credibilius eſt eã ſua ſimplicitate deceptã eſſe, quàm
ſi maior fuiſſet. Illud verò etiam obſeruãdum eſt cõſtitutionẽ illã Iuſtiniani
in *d. l. vlt.* quæ liberos ab omni ſpe impetrandę aduerſus parentes reſtitutio-
16 nis excludit, ad propoſitam quęſtionem non pertinere. Solis enim † parenti-
bus & patronis ea lege proſpicere Iuſtinianus voluit propter reuerẽtiam quę
huiuſmodi perſonis debetur, non etiam eorum heredibus quibus vtique de-
betur nulla: propoſita autem quęſtio De reſcindenda renunciatione futurę
ſucceſſionis aut portionis legitimæ, ex cauſa immodicę lęſionis, non poteſt
locum habere niſi mortuo demum patre, quia nec priùs effectum habet re-
nunciatio, nec de legitimę iuſta quantitate viuo patre tractari poteſt, vt in
ſuperio

ſuperioribus latè fuſeque à nobis diſputatum eſt.

ERROR SEPTIMVS.

De filia quæ nulla dote accepta renuntiauit paternæ ſucceſſioni cum iureiurando.

SVMMARIA.

1 *An valeat renunt'atio filiæ quæ nulla dote à atre accepta renuntiauit paternæ ſucceſſioni cum iureiurando.*

2 *Sententia enterpretum affirmans, quibus tamen placet hoc caſu abſolutionem & in integrum reſtitutionem poſſe impetrari.*

3 *Pactionem de qua agitur iureiurando non confirmari, contra eoſdem.*

4 *Filiam in caſu propoſito non indigere abſolutione, aut reſtitutione in integrum.*

5 *Contractus alioqui nullus iureiurando non confirmatur.*

6 *An ex Bonifacij conſtitutione pactiones de nõ ſuccedendo confirmentur per iuſiurandũ, an verò iuſiurandum tantùm inducat periurij exceptionem.*

7 *Sententia Bartoli: & quo iure hac in parte vtamur.*

EST hæc tractatio velut appendix quędã ſuperioris, potéſtque fie-
ri loc' quæſtioni, licèt vix ſit vt filia paternæ ſuccceſſioni renun-
ciet adhibito præſertim iureiurando quin vel dotẽ, vel quid a-
liud à patre accipiat. Euenit enim aliquãdo vti ea quãtitas quã pa-
ter dat filiæ in dotem pro legitima vt renuntiet illa bonis paternis, maternis,
fraterniſque, nõ ſit amplior quàm quãta filiæ ex maternis ſolis aut fortaſſe ex
legato per patrẽ præſtãdo debeatur, quòd cùm accidit etſi inſtrumento com-
prehenſum ſit quantitatẽ illã à patre promiſſam aut numeratã eſſe pro iurib'
omnibus, effectu tamẽ ipſo verũ eſt nihil filiã à patre accepiſſe. Quid enĩ eſt
quod de ſuo dediſſe videatur, qui quod dedit omnimodò dare debuit, *l. v-
num ex familia* 67. §. 1. *de legat.* 2. Autoritas tamen iuriſiurandi facit vt hoc
etiam caſu quæratur an renuntiatio † valeat, & pontificiæ conſtitutionis de 1
qua hucuſque diximus iure defendatur. Frequentiórque † interpretum ſen- 2
tentia eſt valere renuntiationem & iureiurando confirmari, quoniam poſſit
iuſiurandum hoc ſeruari commodè ſine detrimento ſalutis æternæ. Sic enim
Didacus Couarr. poſt alios *in tertia part. relect. cap. quamuis de pact in* 6. §. 4.
num. 6. Fatentur tamen poſſe impetrari abſolutionem à vinculo iuriſiurandi,
& in integrũ reſtitui filiã aduerſus renuntiationem, ſiue ex capite *De eo quod
met. cauſ.* propter concurrentẽ metum reuerentialem ſi cum patre contractũ
fuit, ſiue ex cauſſa doli ſi cum alio quàm cum patre, propter enormiſſimã læ-
ſionem cuius probatio euidens eſt renuntiante eo cui in vicẽ legitimæ ſuc-
ceſſionis aut portionis nihil datur. Ideò autem dant abſolutionem & reſtitu-
tionẽ quòd nulla vis ſit iuriſiurandi per vim aut metũ dolúmue extorti, quale
his caſibus illud eſſe intelligitur; quod adhibitũ eſt in renuntiatione. Ego ne
repetam, quæ ſuperiore cap. contra interpretes diſputaui, nõ poſſum probare
quod illi volunt pactionẽ hanc, de qua quærimus iureiurãdo confirmari. Et- 3
enim cùm nõ ſolùm ſit cõtra leges, ſed etiã ſine cauſſa, negari nõ poteſt quin
aduerſus agentẽ ex ea pactione danda ſit exceptio doli, quæ iure cõpetit quo-
ties agitur ex ſtipulatione interpoſita ſine cauſſa; *l.* 3. §. *circa.* D. *de dol. mal. ex-
cept.* quoniã, vt ibi Vlp. ait, nunc facit dolo qui ex ea ſtipulatione agit, licèt ab
initio nihil dolo fecerit. Abſurdũ autẽ ſit exiſtimare doli exceptionem ob id-

minùs locum habere poſſe, quòd iuſiurandũ interuenerit. Nam ſicuti iuſiurandũ quod dolo malo extortũ eſt nõ obligat iurantẽ, ita neque adimere poteſt iuranti exceptionem doli, ſiue detur exceptio illa ob dolum qui iuſiurandum expreſſerit, ſiue ob dolum qui actionis potiùs quàm ſtipulationis tempore emerſerit. Semper enim dolus potẽtior eſt iureiurando, neque aut actio de dolo, aut exceptio doli per iuſiurandum vnquã perimitur: ne alioqui eueniat vt iuſiurandũ iniquitatis & doli vinculum conſtituatur. Quod ſi in propoſita ſpecie nulla poteſt eſſe vis iuriſiurãdi propter doli exceptionem, cõſequens eſt vt nulla ſit ad renunciationem, reſcindẽdã neceſſaria reſtitutio. Nõ modò quia extraordinarium auxiliũ quale eſt reſtitutionis ſicut neceſſarium nõ eſt ita nec cõpetit, vbi adeſt ordinarium exceptionis doli *l. in cauſſa 17. in princ. & §. 1. D. de minor.* Sed etiam quia ceſſante poteſtate iuriſiurãdi quo ſolo ſuſtinebatur renunciatio, ſupereſt ius cõmune & antiquum ex quo pactiones huiuſmodi de non ſuccedendo prorſus improbantur: cúmque nullo iure ſubſiſtat, fieri nõ poteſt vt reſcindatur, *l. nã etſi 5. D. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* Et ſanè pontificia conſtitutio quæ prima ſoláque ius hoc induxit eum nominatim caſum demõſtrat quo filia accepta dote patri renuntiauerit. Proinde ſicuti non eadem vrget ęquitas cùm filia vt renuntiaret nihil à patre acceperit, ita nec ratio vlla eſt vt ad eum caſum conſtitutio noua correctoria & odioſa protrahatur. Accedit quod ipſa conſtitutionis verba excludunt iuſiurandũ quod vi, vel metu, vel dolo ſit extortũ. Si ergo verũ eſt quod interpretibus placet præſumi dolo extortũ iuſiurandũ quoties enormiſſima læſio interuenit, adeóque per vim & metũ ſi concurrat metus reuerentialis. An nõ prorſus conſequens eſt in ea ſpecie quam tractamus nullam iuriſiurandi rationem haberi debere? Quænam enim grauior læſio vel animo cõcipi poteſt quàm ſi nihil prorſus filiæ pater dederit? Si verò nullam iuriſiurandi rationẽ
4 habendam eſſe fateare, ideóque admittas filiam ad petendam abſolutionẽ & reſtitutionem, quid obſecro indiget illa auxilio abſolutionis & reſtitutionis aduerſus renunciationem quæ nulla eſt ipſo iure? Viden' vt noſtri ſe hîc præpediant implicéntque miris contradictionibus. Non enim hoc genus contractus ſimile eſt cæteris cõtractibus iuratis, qui non eo minùs tenent ipſo iure quòd dolus aut metus in contrahendo iurãdóque interuenerit. Finge adactũ quem per vim & metũ, nõ vt fundũ venderet (dolus enim dans cauſſam venditioni faceret venditionẽ ipſo iure nullam, *l. & eleganter 7. in princip. D. de dolo*) ſed vt viliſſimo pretio venderet, ac præterea iureiurando æquè per vim aut per dolum extorto confirmatam venditionẽ. Iuſiurandũ nullius omnino momenti erit, quia non fuit liberum nec habuit conſenſum & voluntatẽ iurantis. Ipſa tamen venditio tenebit ipſo iure, quia contractus talis eſt, qui vt valeat, iuriſiurandi vinculũ non requirit. Igitur reſtitutio in integrũ erit neceſſaria, idémq; de ſimilibus cæteris tractari poteſt, An in pactione iurata de non ſuccedendo nihil eſt quod pactionẽ tueatur præter iuſiurandum. Solue vinculũ iuriſiurandi, at vt meliùs dicã, habe iuſiurandũ pro nõ interpoſito, quia per vim dolúmue extortũ fuit. Nihil eſt quod facere poſſit neceſſariam aut vtilẽ reſtitutionẽ aduerſus contractũ nullũ & improbatũ. Dices poſſe fieri vt iuſiurandũ ſit obligatorium ſummo iure, & tamen ex æquitate veniã & abſolutionẽ mereatur: idq; contingere ſi vi aut dolo extortũ ſit. Sed ne quæſtionẽ illam nũc attingamus de qua alibi tractandũ erit, An obligatio aliqua n[illegible]catur ex iureiurando per vim aut per dolum expreſſo vt abſolutio neceſ-

ſaria

Digitized by Google

ſaria ſit,néne, dico apertiſsima eſſe verba pontificiæ cõſtitutionis, nolentis huiuſmodi iureiurando cõfirmari pactiones iſtas de non ſuccedendo: proinde ad hoc vt ius antiquũ retineatur,ſufficere ſi vel dolus vel metus probetur, ſaltémque ad euitandam exceptionem periurij ſatis eſſe ſi abſolutio petatur: nec præterea requiri poſſe vt ad contractũ reſcindendũ reſtitutio poſtuletur. Nam & idem euenit ſi minor prædium ſuum vendiderit ſine decreto, & dolo aut vi coactus iurauerit eam ſe venditionem ratã habiturum,quia cõſtitutio Federici Imperatoris in *Auth.ſacramenta puberum.C.ſi aduerſ.vend.*ea nominatim ſacramenta excipit quæ per vim vel dolum præſtita probabuntur. Nõ enim fieri poteſt,vt cõtractus†alioqui nullus cõfirmetur iureiurando,niſi iuxta eas cõditiones & formas quas ea ipſa lex præſcribit, quæ prima induxit vt iurisiurãdi ea ſit vis & poteſtas.Quò etiam pertinet quæſtio illa ab vtriuſque iuris interpretibus tractata,An ex Diui Bonifacij cõſtitutione†pactiones huiuſmodi de non ſuccedendo confirmẽtur per iuſiurandum, an verò iuriſiurandi vis tota in eo eluceat vt aduerſus iurantẽ inducat periurij exceptionẽ: nimirum quia priore caſu ſi qua ſit cauſſa reſcindendæ pactionis neceſſaria eſt reſtitutio: quæ poſteriore non eſſet neceſſaria,ſufficiente abſolutionis impetratione.Nec verò deſunt qui negent poſt Bartolũ † ad *l.qui ſuperſtitis 94. num.4.de acq.hered.* tenere huiuſmodi renuntiationes niſi metu periurij. Etſi autem receptior eſt, quamuis fortaſſe non verior meo iudicio contraria ſententia, tamen non eſt qui poſsit negare, ſi volet ingenuè agere, quin Bartoli ſententia eo ſaltem caſu admitti debeat, quo dolus aut metus iuſiurandũ expreſſerit,vt ſufficiat impetrari tunc abſolutionem ſine reſtitutione. Alio tamen iure paſſim vtimur, & reſtitutionem,etiam ex reſcripto Principis neceſſariam putamus,locupletãdæ vt puto Cancellariæ potiùs quàm iuris tuendi gratia,licèt hoc colore planè inepto, vt quod de facto proceſſit, inquiunt pragmatici,de facto etiam reſcindatur.

5 6 7

ERROR OCTAVVS.

De filia,quæ minor accepta dote renuntiauit paternæ ſucceſsioni,& læſa per decennium tacuit.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia Socini & aliorum quorundam filiæ quæ minor accepta dote perexigua aut nulla renuntiauit paternæ ſucceſsioni cum iureiurando, & læſa per decennium tacuit, reſtitutio in integrum denegatur.*

2 *Ratio qua ſuperioris ſententiæ autores mouentur.*

3 *Renuntiatio quæ aliqua vel minima accepta facta eſt,donationis iure cenſeri nequit, contra pragmatic.*

4 *L. vlt. Cod. ſi maior fact. al. fact. ſin. dec. ad quæſtionem propoſitam referri non poſſe.*

5 *Renuntiatio ſeu donatio, quæ de agitur quibus de cauſsis non valeat: & nu.8.*

6 *Reſtitutio in integrum ex cauſſa immodicæ læſionis poſt inductum beneficium l.2.C.de reſcind.vend.ad 30.annum extenditur:*

7 *Actio qua petitur legitima aut ſupplementum legitimæ eſt tricennalis: & nu.12.*

9 *Inter patrem & filiam quæ eſt in poteſtate donatio ſubſiſtere nequit.*

16 *Quia de legitima viuo patre quæri non poteſt.filia, de qua agitur decennũ ſilentio à iure reſcindendæ renuntiationis excludi non poteſt.*

11 *Filiafam. præſertim nupta viuo etiam patre ius habet congruæ dotis petendæ,ſi nullam,aut incongruam dotem à patre acceperit, idque implorato iudicis officio.*

ILLA etiam quorundam interpretum & pragmaticorum ſen-
tentia nobis refellenda eſt, qui † in integrum reſtitutionem de-
1 negant filiæ, quæ in minori ætate, accepta perexigua aut nul-
la dote, pacta eſt cum patre locuplete de non ſuccedendo,
in eámque rem interpoſuit iuſiurandum, ſi à tempore com-
pleti anni viceſimiquinti tacuerit illa per decennium, nec aduerſus renuncia-
tionem impetrauerit reſtitutionem. Sic enim *Socino* viſum eſt *conſ. 67. num.
43. lib. 2.* & aliis nonnullis quos refert & ſequitur *Anton. Sola* Comment. *ad
edictum.* De *alien. bon. minor. gloſſ. 2. nu.* 12. Mouentur † ex *l. vlt. C. ſi maior fact.
2 aliena. fact. ſine decret. rat. habuer.* vbi extat Iuſtiniani conſtitutio qua cauetur
vt donatio rerum minoris contra ſenatuſconſultum facta ſolo decennij inter
præſentes, aut vicennij inter abſentes ſilentio confirmetur. Cęteræ verò alie-
nationes ſilentio quinquennij, ita tamen vt à die completę maioris ætatis ſi-
lentij tempora computentur. Putant enim iſti ſatis ſe fauere filiæ, ſi iuratam
renunciationem factã aut nullo aut modico accepto æquiparẽt donationi, po-
tiùs quàm venditionis, vt habeat illa tantò longius tẽpus ad conquerendum,
petendámque reſtitutionem. In quo videntur mihi à principiis iuris valdè diſ
ſidere. Primùm quia non poteſt ea renunciatio † quæ aliquo vel minimo acce-
3 pto facta eſt donationis iure cenſeri, licèt viliore pretio facta ſit donationis
cauſſa ſi modò cõtractus talis ſit, qui in ea forma valere poſſit, quomodo hũc
valere interpretes & pragmatici volunt propter accedens vinculum iuriſiu-
randi. Eſtque aperta in hanc rem Vlpiani ſententia in *l ſi quis donationis* 38. *ff.
de contr. empt.* Sed etſi iure donationis ea cõuentio cenſeretur, non tamẽ poſ-
ſet pertinere ad Iuſtiniani † conſtitutionem, quia non de aliis donationibus
4 minorum ſilentio corroborandis ſenſit Iuſtinianus quàm de iis quæ ob eam
duntaxat cauſſam nullę eſſent, quòd à minore cõtra Seueri orationem factæ
fuiſſent. Hæc verò nulla † eſt duplici alia de cauſſa, quarũ vna iure nititur cõ-
5 muni, altera ſpeciali. Iuris communis ratio illa eſt, quòd donatio huiuſmodi
ſit per viã illicitam pactionis de non ſuccedendo quæ inter quaſcumq; perſo-
nas prohibita eſt, nec minùs pontificio quàm ciuili iure, ſi priuilegium iuriſ-
iurandi tollas. Nã ſi dicas de ea renunciatione & donatione nos tractare quæ
facta ſit adhibito iureiurando, ac proinde quæ valeat ex pontificia conſtitu-
tione, Replicabo tantò minùs locum fore legi Iuſtinianeę quę cùm de con-
firmandis donationibus ſit ad eas ſolas ſpectat, quę ab initio non valuerunt.
Sin ex eo moueri velis, quòd hęc donatio licèt valuerit à principio propter
iuſiurandũ, in eo tamen fuit vt petita abſolutione reſcindi poſſet per in inte-
grũ reſtitutionẽ, ob immodicã læſionẽ. Parata quoq; contradictio eſt, reſtitu-
tionẽ † in integrũ ex cauſſa immodicę lęſionis poſt inductum beneficium, *l. 2.
6 C. de reſcind. vend.* non finiri longo tempore, id eſt decennio inter prȩſentes
aut vicẽnio inter abſentes, ſed in trigeſimum vſque annum extẽdi, quia con-
dictio ex lege magis quàm in integrũ reſtitutio dicenda eſt, vt probauimus
in ſuperioribus. Quod in propoſito eo magis obtinet, quòd reſtitutio quę fi-
lię datur ad reſcindendam iuratam renunciationem, in eum finem dirigitur
vt reſciſſa renunciatione poſſit filia petere legitimã aut legitimę ſupplemen-
tum: quam † in rem comparata actio, licèt ſubſtituta in locum querelę inoffi-
7 cioſi teſtamenti, proculdubio perpetua, id eſt tricennalis eſt, quia & cõdictio
eſt *ex l. omnimodo* 30. *C. de inoff. teſt.* Nõ igitur videri poteſt Iuſtinianus de hoc
donationum genere ſenſiſſe, quarum nec vſus, nec ſenſus vllus fuit toto iure
ciuili,

Digitized by Google

ciuili,& ad Bonifacij vſque cõſtitutionẽ.Sed & ius†aliud ſpeciale eſt propter 8
quod fieri nequit vt ex ſupradictà Iuſtiniani lege ſolo ſilentio confirmetur
huiuſmodi donatio.Nimirum quia inter patrem & filiam quæ in poteſtate
eſt donatio ſubſiſtere non poteſt,nec magis ſi à filia patri quam ſi à patre facta
ſit filiæ.Nam ſi donationes quas parentes conferunt in liberos quos habent
in poteſtate non alio ſilẽtio confirmantur quàm quod in mortis vſque
tempus duret,*l.donationes quas partes* 25.*C.de donat.int.vir. & vxor.* quis admittat
donationes à liberis collatas in parentes decẽnij aut vicẽnij ſilẽtio cõfirmari?Multò
namque maior ratio eſt vt innoxium & inculpatũ ſit liberorũ
ſilentiũ,qui etiamſi agere maximè velint contra patrem,tamen non poſſunt,
idipſum prohibente iure poteſtatis,& alia eiuſdẽ Iuſtiniani cõſtitutione in *l.
vlt.C.qui & aduerſ.quos in integr.reſtit.non poſſ.*Nam etiamſi nõ contra patrẽ
ipſum,ſed contra tertiũ qui cum patre cõtraxiſſet,filiam agere oporteret, nõ
tamen agendi tẽpora ei prius currere inciperent quàm liberata eſſet à patria
poteſtate ſiue emãcipatione,ſiue patris morte,*l.1.§.vlt. Cod. de annal. except.
Auth.niſi tricẽnale.C.de bon.matern.*Illa quoque ratio facit pro filia ne decẽnij
aut vicennij ſilentio excludatur à iure reſcindendæ per reſtitutionem re- 10
nuntiationis,quòd,vt probauimus in ſuperioribus,neque de legitima quæri
poteſt,quandiu pater viuit,neq; ſciri poteſt an læſio vlla interuenerit priuſquàm
exploratum ſit quid & quantum pater moriens in facultatibus reliquerit.Ergo
mortis tẽpus expectãdũ eſt,nõ ſolùm vt filia poſſit exercere iudicium
reſtitutionis,ſed etiam vt actionem habere incipiat, quæ eo demum
inſtanti nata in trigeſimum vſque annum exinde computandum extendetur.
Poteſt tamen eſſe maior dubitatio,ſi filia quæ renuntiauit cum iureiurando,
non in hoc agere velit vt legitimam aut legitimæ portionem ſaluam habeat,
ſed in id tantùm vt congruè dotetur.Iam.n.ſæpius monuimus filiamfamilias
pręſertim†nuptam viuo etiam patre ius habere congrųę dotis petendę,ſi for- 11
tè aut nullam aut euidenter incongruam dotem à patre acceperit, non quidẽ
propoſita in eam rem ciuili actione,quam ſanè ius poteſtatis nõ admittit,ſed
officio iudicis implorato vt *in l.Imperator* 50.*D.ad* SC.*Treb.* Verùm enimverò
ſuperiores rationes faciunt,vt neque ad hunc caſum putem pertinere
Iuſtiniani conſtitutionem : Nam etſi in poteſtate & iure filię eſt petere, vt à
patre congruè dotetur,nihil tamen eſt quod ei imputetur,ſi propter paternã
verecundiam ſibi imperauerit ne peteret nec quiſquàm iudex propitijs auribus
audiat patrem patriſve heredem ſiue ſuum ſiue extraneum, ſi imputare
filiæ velit,cur non præcipitauerit patrem ad congruam dotem præſtandam
arg.*l.ſi extraneus* 33.*D.de iur.dot.*Proinde non eo minùs ſaluã† actionem ha- 12
bebit filia mortuo quandocunque patre ad petendum legitimę ſupplementum
intra proximos triginta annos à mortis die numerandos, non ſecus acſi
dotis congruæ petendæ nullum ius vnquam habuiſſet: ne ob id minus iuris
nunc habeat,quòd anteà plus & iuris & modeſtię habuerit.

ERROR NONVS.

De renuntiatione iurata fauore maſculorum, aut certa alterius perſona facta.

SVMMARIA.

1 *Renuntiatio iurata filia fauore maſculorum aut certa alterius perſona facta*

euaneſcit ſi huiuſmodi perſona viuo patre deceſſerit.

2 *In dubio volunt pragmatici factam renuntiationem in fauorem maſculorum, ſi qui iam exiſtant tempore renuntiationis.*

3 *Dictæ traditionis pragmatic. refutatio.*

4 *Coniectura probabilis, quòd pater ſolis maſculis renuntiationem filiæ prodeſſe voluerit.*

5 *Defunctis maſculis in quorum gratiam ſorores renuntiarant, æqualiter ſorores ſuccedere debent.*

6 *Alia coniectura eodem quò prior ſpectans.*

7 *Filia quæ renuntiauit excluditur per ſorores quæ non renuntiarunt, earúmque deſcendentes.*

8 *Filia quæ renuntiauit patre ſtipulante pro ſe ſuiſque heredibus, excluditur per patris deſcendentes heredes, non etiam extraneos, aut agnatos.*

9 *Erronea interpretum diſtinctio, & eius refutatio, num.* 10.

1 CVM renunciatio † per filiam facta eſt, non ſimpliciter, ſed in
fauorem tacitum vel expreſſum alterius fratris aut ſororis, ſi
poſteà deceſſerint viuo patre illi, in quorum gratiam filia re-
nunciauerat, conſtat euaneſcere renunciationem, vt ex com-
muni interpretum ſententia tradit Didac. *Couar. in 3. part. re-*
lect. cap. quamuis. de pact. in 6. §. 3. num. 4. Ob præſumptam ſcilicet contrahen-
tium voluntatem, quoniam ceſſante renunciationis cauſſa finali, eius quoque
effectum ceſſare æquum eſt. Adeò vt nec impunè poſſit pater aut mater hoc
caſu filiam quæ renunciauit præterire, quomodo poſſet, inquiunt illi (nos e-
nim iam ſuprà negauimus) ſi ſubſiſteret renunciatio. Iuſiurandum enim per-
petuam condicionem hanc habet ſi res in eodem ſtatu permaneant, *c. quem-*
admodum. Extr. De iureiur. Idémque admittendum eſt ſi ſimpliciter facta ſit
patri renunciatio quo tempore alios liberos habebat aut habere ſperabat, &
is poſteà ſine liberis deceſſerit. Credendus enim eſt pater ſpe & cogitatione
futurorum liberorum inuitaſſe filiam ad renunciationem, nec paternæ adfe-
ctionis ratio patitur, vt filiã à propria ſucceſſione vſque adeò excludere vo-
luerit, vti ab inteſtato agnatus aut cognatus aliquis ei præferretur. arg. *l. cùm*
acutiſſimi 30. C. *de fideic. l. cum auus* 102. D. *de cond. & demonſtr. l. ex facto* 17 §.
2 *vlt.* D. *ad SC. Trebell.* In dubio autem pragmatici † noſtri putant cenſeri factã
renunciationem in fauorem maſculorum, ſi qui iam exiſtant tempore renũ-
3 ciationis. Quod tamen nulla ratione mihi fit † probabile, nec ſi inter nobiles
agatur, quos conſtat ſolere maiorem curam gerere bonorum in familia con-
ſeruandorum. Sunt enim ex iis etiam permulti, qui filias ſuas non minùs
quàm maſculos diligunt, eáſque ſibi ab inteſtato ex æquis partibus heredes
optant, niſi ſi maiorum teſtamentis & ſubſtitutionibus in maſculorum fauo-
rem factis prohibeantur, quo tamen caſu tantò magis ſuccurrendum eſt filia-
bus, quantò minorem ex paternis bonis portionem etiam ab inteſtato ſpe-
4 rare poſſunt. Illa ſanè non improbabilis eſt coniectura † voluntatis quòd pa-
ter ſolis maſculis renunciationem filiæ prodeſſe voluerit, ſi alias filias quæ
iam ipſo renunciationis tempore in rerum natura erant, poſteà idem pater
ad ſimilem renunciationem faciendam induxerit. Quod & Didacus fatetur
ſupradicto loco. Cuius ſententiæ effectus ille erit, vt ſi poſteà viuo patre de-
5 functi † ſint maſculi, ſuccedat nihilominus filia quæ prior renunciauit, acſi
non renũciaſſet, an verò ſola, an cum aliis ſororibus quæ poſteà renunciarũt.
Nam cùm ea perinde habeatur ac ſi nunquam renunciaſſet, ratio facere vide-
retur vt ei prodeſſe deberent poſteriores ſororum renunciationes, quæ pro-
deſſent vtique ſi renunciatio nulla præceſſiſſet, tametſi ſorores legalem, vt
vocant

Digitized by Google

vocant, eſcheutam ſibi excepiſſent; quoniam eius exceptionis nulla vis &
vtilitas eſt, quandiu alia eiuſdem gradus perſona ſupereſt, quæ ſuccedere ab
inteſtato poſſit. Sed tamen cùm poſteriores quoque renunciationes prioris
exemplo non niſi in fauorem maſculorum expreſſas eſſe certum ſit, eadem
omnium ratio haberi debet, vt quaſi nullis omnino factis renunciationibus
æqualiter à ſororibus omnibus ſuccedatur. Superiori coniecturæ illa † 6
etiam ſimilis videri poteſt ſi qua alia ratione extra dotales tabulas aut verbis
aut ſcriptis pater voluntatem ſuam declarauerit in fauorem maſculorum, puta
ſi teſtamento maſculos heredes ſcripſerit, tametſi antea renunciante filia
ſibi heredibúſque ſuis in genere ſtipulatus fuiſſet. Quodcunque enim vo-
luntatis indicium videtur ſufficere vt prædefunctis maſculis filia quæ renun-
ciauit, ad paternam inteſtati ſucceſſionem cum ſororibus etiam quæ non
renunciarunt, reuocetur. Nec aliud erit, quamuis teſtamentum illud ſollen-
nitatis alicuius defectu nullum & perperam factum eſſe proponatur. Decla-
ratur enim voluntas etiam ex eo teſtamento quod alioqui nullum eſt *l. vlt.*
D. de reb. eor. qui ſub tutel. Non item ſi teſtamentum illud alio poſteriore te-
ſtamento quacunque de cauſſa fuerit reuocatum. Nam ex teſtamento reuo-
cato nulla prorſus voluntatis coniectura capi poteſt, credendúſque eſt pa-
terfamilias ab omni voluntate receſſiſſe, quam priore teſtamento poſteà re-
uocato expreſſiſſet. Extra hanc cauſſam excluditur filia † quæ renũciauit per 7
ſorores quæ non renunciarunt, ita vt quandiu ex ipſis aliqua ſupereſt, nullus
renuncianti pateat reditus ad paternam hereditatem. Idémque obſeruamus,
etiamſi cæteræ omnes ſuperſtitibus liberis ſiue maſculis ſiue fœminis deceſ-
ſerint. Extare enim aliquem ex deſcendentibus ſufficit, vt ea quæ renunciauit
excludatur. Multò magis autem admittendum eſt, ſi renunciationis tempo-
re nulli extabant maſculi, quamuis ſperari poſſent, filiæ verò iam extabant,
videri earum fauore factam renunciationem, non vt iis prædefunctis filia
quæ renunciauit ſuccedere poſſit cum maſculis poſteà natis (quis enim cre-
dat maſculis naſcituris proſpicere nòluiſſe patrem, qui filiabus iam natis pro-
ſpexerit?) ſed vt renuncianti ſorori ab inteſtato præferantur, patrique ſucce-
dant vel cum maſculis ſi aliqui ſint, vel ſolæ ſi nulli. Idémque ſine dubio ob-
tinet ſi à filia renunciante pater ſtipulatus fuit pro ſe ſuiſque heredibus. He-
redum enim appellatione cùm omnes † & cuiuſcunque gradus, deſcendentes 8
comprehendiſſe videatur, longè magis proprias filias comprehendiſſe cre-
dendus eſt, non tamen extraneos heredes, imò nec agnatos proximos aut co-
gnatos, quia licèt in contractibus *ſuorum* appellatione, nedum *heredum* ex-
tranei quoque heredes intelligantur, attamen in propoſito cùm renuncia-
tio quæ fit per contractum ſpectet ad cauſſam futuræ ſucceſſionis, eam reci-
pere debet interpretationem, quæ facienda eſſet in ſcriptura, ad vltimam vo-
luntatem pertinente, in quo genere tam *ſuorum* quàm *heredum* appellatio-
ne non niſi deſcendentes contineri placet, *d. l. ex facto 17. §. vlt. D. ad S. C. Tre-
bell.* Hic tamen notandus nobis, & refellendus eſt error maximus & præ-
cipui in hac quæſtione momenti, quam non modò pragmatici, ſed ipſi
quoque interpretes inuexerunt. Diſtinguunt † enim an renunciatio ſim- 9
pliciter facta ſit, id eſt nulla adiecta cauſſa, licèt non ſine cauſſa, an verò ex ea
cauſſa ſpecialiter expreſſa, quòd filia quæ renuntiauit, dotem aut legiti-
mam portionem acceperit. Quaſi hoc poſteriore caſu filiam perpetuò ex-
cluſam manere oporteat, tametſi ij deceſſerint, quorum fauore facta fuit

Digitized by Google

renunciatio, propterea quòd, inquiunt, penes illam & illius heredes perpetuo dos remaneat, quæ fuit ab initio cauſſa excluſionis. Sic enim *Romanus*, *Corneus*, & *Socinus* quos *Didacus* ſupradicto loco refert, ſequitúrque non inuitus eo caſu, inquit, quo dotis portio ſit congrua: quod ipſum tamen vix aliter fieri poſſe ait, quàm ſi eo tempore pater alios liberos
10 non habebat. Me verò in contrariam † ſententiam illud mouet, quòd etſi ſola dotis perceptio renuntiationis cauſſa fuit ex parte filiæ renuntiantis, non aliter renuntiaturæ, veriſimile tamen eſt inductum patrem vt congruę portionis mentionem adiiceret, potiùs vt prodeſſet cæteris liberis, quos iam tum haberet, aut aliquando habere ſperaret, quàm vt filiæ in propria hereditate agnatos aut cognatos anteponeret. Ex coniectura illa pietatis, de qua in *d.l.cum acutiſſimi.& l.cum auus*. Itaque nec illud inquirendum arbitror an dos cõgrua ſit néc ne, quomodo diſtinguit Didacus, ſed an renuntiationis tẽpore alios pater haberet liberos, aut in eo eſſet vt habere poſſet, an nullos. Hac.n. ſola poſteriore ſpecie credi poſſit patrem licèt inhumanum (ſi alia filiæ excludendæ ratio nulla ſubſit, puta ingratitudinis aut conſeruandorum in familia bonorum) agnatos cognatóſve proximos filiæ prætuliſſe. Siquidem eum caſum tractamus quo filia quæ renuntiauit, legalem, vt aiunt, eſcheutam ſibi non exceperit, cùm ſi excepiſſet, nullus ea ſuperſtite agnatis locus haud dubiè relinqueretur. Obſeruandum autẽ eſt quod de liberis prædefunctis diximus in quorum fauorem facta fuerat renuntiatio, pro dicto habendum eſſe etiamſi non deceſſerint, ſi modò ſuccedere vel noluerint, vel non potuerint, fortaſſis exheredati. Habentur enim pro mortuis ij qui non ſuccedunt, quacunque tandem ex cauſſa ſucceſſio impediatur.

ERROR DECIMVS.

Si ſoror cum fratre pactum fecerit de non ſuccedendo patri præſenti, & conſentienti, poſteaque pater voluntatem mutauerit.

SVMMARIA.

1 *Renuntiatio facta patri in fauorem aliorum ſiue liberorum, ſiue agnatorum, euaneſcit, patre ius ſibi & illis quæſitum remittente.*

2 *Vnde ſuperiorem propoſitionem probet Did. Couarruuias.*

3 *Si ſoror cum fratre pactum fecerit de non ſuccedendo patri præſenti & conſentienti, an liceat patri voluntatem mutare.*

4 *Sententia Didaci pactum eſſe irreuocabile.*

5 *Falſam eſſe Didaci opinionem. & n.8.*

6 *Iuſiurandum vt ſit obligatorium tres comites habere debet, veritatẽ, iudiciũ & iuſtitiã.*

1 QVOTIS renuntiatio † facta eſt patri aut matri in fauorẽ aliorũ ſiue liberorũ ſiue agnatorum, conſtat ferè inter omnes poſſe patrẽ qui ſtipulatus ſit, aut matrẽ, iis quoq; inuitis, quorũ fauore facta fuit renũtiatio, ius ſibi & illis quæſitũ remittere. Sic.n. *Didacus Couar.* qui hac in re inſtar omniũ eſſe poteſt, ex aliorum communi ſentẽtia ſcribit *in initio tertia partis re-*
2 *lect.cap.quamuis.de pact.in 6.num.9.* Idque ſuadet † ſucceſſionis fauor, & renũtiationis odium quæ ſolo iuriſiurandi vinculo ſuſtinetur: Itémque recepta illa & vulgaris *Bartoli* traditio ad *l.qui Romæ* 122.*§.Flauius.de verb.oblig.* quæ habet poſſe quemlibet inuito tertio reuocare conuentionem à ſe factam in

illius

illius tertij commodum,& vtilitatem. Quod tamen an generaliter & perpetuò verum ſit,tractabimus alio loco. Accedit Iuſtiniani conſtitutio in *l.vlti. C.de pact.* quæ non patitur vt pactum de futura tertij ſucceſſione aliter valeat quam ſi tertius ille conſentiat, & in ea voluntate quam conſenſus expreſſit, ad ſupremum vſque vitæ exitum perſeueret. Nam ſi ea volūtatis perſeuerantia tùm etiam requiritur cùm inter alios pactum factum eſt, quanto magis erit neceſſaria vt is excludatur qui pactum fecit cum eo ipſo de cuius ſucceſſione agitur? Facilius.n.eſt vt eius factum noceat cuius & profuit, quàm eius qui alieno facto conſenſum duntaxat ſuum accommodauit. Idem tamen Didacus dubitat, ſi cum †fratre pacta ſit ſoror de non ſuccedendo patri, præſenti ſcilicet & conſentiēti, idque iureiurando cōfirmauerit. An patri licere debeat vt mutet voluntatē, filiámq; capacem efficiat legitimæ ab inteſtato ſucceſſionis: in cámque ſententiam procliuior eſt vt putet eum vim iuriſiurandi † huius eſſe debere, vt pactum ſit irreuocabile. Ne, inquit, alioqui nullius momenti & effectus ſit iuſiurandum, quandoquidem & ſine iureiurando tale pactum valeret ex *d.l. vlt. Cod. de pact.* Quod & plerique pragmatici ſequuntur, pro ea qua vir ſanè doctiſſimus & ſcriptor diligentiſſimus apud eos pollet autoritate. At nos in contrarium † iam diximus,& probauimus in ſuperioribus, pacta huiuſmodi de non ſuccedendo tertio non valere iure ciuili, nec ſi tertij conſenſus accedat, neque ad hunc caſum pertinere Iuſtiniani conſtitutionem in *d.l.vlt.C.de pact.* ſed merum ius pontificium eſſe vt accedente iureiurando confirmetur, propter vinculum & autoritatem iuriſiurandi. Proinde non poteſt videri ſine effectu eſſe iuſiurandū quod facit vt valeat renunciatio, quæ alioqui non valeret. Idcóque nec neceſſe eſt vt plus ei virium tribuamus quàm par ſit ob hoc ſolùm ne vtiliter adiectum videatur. Sed & multò tolerabilius eſſet admittere nihil operari iuſiurandū, quàm illud inducere vt conuentio de hereditate tertij conſentientis facta eo poſtea inuito defenderetur. Nam ex quo tempore deficit conſenſus tertij, incipit conuentio eſſe iniqua, & contra bonos mores, propter improbā ſpē & ſollicitudinem, quæ pactioni ineſt, hereditatis alienæ. Itaque ad validitatē huiuſmodi conuentionum requirit Iuſtinianus in *d.l. vlt.* perſeuerātiam voluntatis tertij. Nec reuocationem voluntatis impedire poteſt iuſiurandum quod ab aliis quàm ab ipſo reuocante adhibitum eſt, quódque ſi ab ipſo tertio de cuius hereditate actum eſt, adhibitū fuiſſet, nō eo magis liberam ipſi facultatem teſtandi ademiſſet. Iuſiuranddū † enim omne vt ſit obligatorium, tres comites habere neceſſariò debet, veritatem, iudicium, & iuſtitiam, quæ omnia ſi non concurrant, nullius momenti iuſiurādum eſſe poteſt. *Can. animaduertendum 22.quæſt.2.* Ne repetam quod iam ſæpius monui, iuſiurandum quodlibet eam ſemper tacitam habere condicionē ſi res in eodem ſtatu permaneāt. Rurſúmque ex natura actus cui adijcitur, recipere interpretationem *l.vlt.C.de non numer.pecun.* vt ſi actus ipſe ſit reuocabilis, ſit etiam reuocabile iuſiurādum. Ex quo manauit etiam communis illa & veriſſima omnium ferè interpretum opinio De teſtamento iurato † vt ſcilicet nihil obſtante iureiurando reuocari poſſit quandocunque volente teſtatore. Sic enim *Bart.in l. ſi quis.in princip.col.fin.de leg.3. Bald.in l.1.col.fin. C.de ſacroſ.eccle.* tametſi ad pias, ſi voles, cauſſas, & in earum gratiam teſtamentū factum proponatur, vt idem *Bald.* reſpondit *conſ.21.vol.1.* Etſi non deſunt qui putēt teſtatorem hoc caſu fieri periurum, quos *Didacus* ſequitur *in 2. part. rubr.de teſt.nu.15. ad fin.*

Z ij

nec ſatis rectè meo iudicio, vt alibi tractabimus. Inde ergo illud etiam inferri poteſt, nec fratres qui conuentionem hanc iurauerint, ex ea teneri ſi pater conſenſum reuocauerit, quoniam à tempore conſenſus reuocati iuſiuran
8 dum contra bonos mores præſtitum eſſe intelligitur. Denique † nulla ratio eſt propter quam ex pacto inter alios inito, quantumuis ei pater conſenſerit, auferatur patri libera teſtandi libertas, quod vtiqueeueniret ſi filiam cui renuntianti conſenſit, ad ſucceſſionem ſuam ex teſtamento reuocare non poſſet. Tritum namque eſt huiuſmodi omnes renunciationes ad legitimę duntaxat, non etiam teſtamētariæ ſucceſſionis cauſſam pertinere. Fuerítque non modò abſurdum, ſed etiam periniquum duriùs agi cum patre qui liberis inter ſe paciſcentibus conſenſerit, nec iurauerit, quàm ſi ipſe pactus fuiſſet & iuraſſet.

ANTONII FABRI I.C.

DECAS DECIMAQVARTA.

Error primvs.

De pacto dotali quo pater iuratus promittit ſe filium aut filiam ex æqua parte heredem habiturum.

SVMMARIA.

1 Pactum dotale quo pater iuratus promittit ſe filium aut filiam ex æqua parte heredem habiturum, iure ciuili non valet.

2 Pragmatici tale pactum iure Pontificio valere putant, ſi ſit iuratum: ſed erroneè, numero 3.

4 Leonis conſtitutione 19. huiuſmodi pactum valere, non fauore iuramenti, ſed fauore conuentionis.

5 Inanem eſſe huiuſmodi pactionem, ſi inæqualem paternæ hereditatis inter liberos diſtributionem contineat.

6 Error Gulielmi Benedicti in deducenda vera ſententia l. hereditas. 5. C. de pact. conu. tam ſuper dot.

7 Pactum reciprocum de ſuccedendo inter commilitones valet.

8 Vſu defenduntur pactiones de ſuccedendo tabulis nuptialibus adiectæ, & quidem matrimonij contemplatione.

9 Quomodo ſine pactione de ſuccedendo poſſit is qui accedit ad matrimonium tantumdem conſequi.

10 Quatenus reuocabiles eſſe huiuſmodi pactiones quidam arbitrentur: & quid in eorum ſententia autor deſideret.

11 Conſuetudinem qua huiuſmodi pactiones receptæ ſunt, valere non debere.

1 PACTVM † quod dotali inſtrumento cōprehenſum eſt, vt ſi pater vita fungeretur, ex æqua portione ea quę nubebat, cum fratre heres ſui patris eſſet, neque vllam obligationem cōtrahere, neque libertatē faciendi teſtamenti potuit mulieris patri auferre, inquiunt Imperatores in *l. pactum quod dotali 5. C. de pact.* Subiiciunt pragmatici † exceptionem, niſi tale pactum iuratū pro-
2 ponatur. Non enim dubitant quin iureiurando cōfirmetur, idque iuris apertiſſimi eſſe ſcripſit Didac. *Couar. initio tertiæ partis relect. cap. quāuis de pact. in 6. nu. 2.* Ego cōtrà, tā † falſum hoc eſſe contendo, quàm quod falſiſſimum,
3 cùm ad pacta huiuſmodi quæ ſunt de ſuccedendo, tollúntque liberā teſtandi facultatē, pōtificia cōſtitutio non pertineat, vt diximus & probauimus Dec.

Digitized by Google

12.quam interpretum quoque communem eſſe ſententiam teſtatur *Oſaſc. Ca-*
cher. Deciſ.Pedemont. 100.*nu.*33. Nec negat Didacus contrariam opinionem,
quæ Baldi primùm fuit,magis communiter probatam eſſe. Planè nõ ignoro
Imperatoris Leonis † conſtitutione 19.cui titulus eſt *De pact. patern.ex æquo* 4
*hered.futur.*filium iuri antiquo hac parte derogatum eſſe , & abrogatã legem
Pactum,quam retulimus, non propter iuſiurandum, cuius nulla prorſus apud
Leonem fit mentio, ſed propter fauorem duntaxat conuentionis , qua pater
promittit in nuptialibus inſtrumentis ex æquo futurum ſibi heredem filium
quem matrimonio collocat.Eſt.n.conuentio hæc naturali rationi & legibus,
quæ de inteſtati ſucceſſione factæ ſunt,omnino conſentanea, videtúrque fieri
ad ſucceſſionem conſeruandam , quod eſt maximè fauorabile, vt Bart.tractat
in *l.vlt.C.de pact.ex §.vlt.Inſt.de legit.agnat.ſucceſſ. & l.vlt.* C. *de emancip.lib.*
Et ob hanc cauſſam,vt ait ipſa Leonis conſtitutio, ab omni ferè tempore,li-
cèt refragrantibus legibus vſu receptiſſimæ ſunt hæ conuentiones. Cæterùm
vel ex eo magis apparet inanes † & irritas eſſe debere ſi inæqualẽ paternæ he- 5
reditatis inter liberos diſtributionẽ cõtineãt,quãuis iuramentũ interuenerit,
ceſſante ſc.hoc caſu,vinculo illo æquitatis, quo ſolo ſuſtinentur contra iuris
ciuilis rationem,quæ proculdubio non patitur , vt ſucceſſiones pactis vel ſti-
pulationibus obſtringãtur,*l.4.*C.*de inutil.ſtipul.* Cùm enim non licuerit ho-
mini teſtari ſine lege , nec de ſuis quidem bonis , quoniam teſtando confert
effectum ſuæ voluntatis , rerúmque ſuarum alienationem in id tempus quo
non erit ampliùs dominus:*l.Stichus* 39.D.*de manum. teſtam.* lex autem in ea
teſtandi facultate concedenda vſurpauerit verbum *legandi* , quod ad cauſſam
contractuum nullomodo pertinet,*l.verbis legis* 120. *de verb. ſignific.* prorſus
conſequens eſt quod ait *l.hereditas* 5. C.*de pact.conuent.tam. ſup.dot.* vt here-
ditas non niſi teſtamento dari poſſit, quia nec hereditas vlla eſt niſi quam lex
ipſa conſtituit quæ & hereditatem & heredem facit , lex verò hereditatem
nullam conſtituit niſi vel ex teſtamento, vel ab inteſtato , non etiam ex con-
tractu. Quam in rem videnda ſunt quæ ſcripſimus *lib.*14.*Coniectur. cap.vlt.*
Nam quod in *d.l.hereditas* de † extraneis diſertè ſcriptum eſt hereditatem iis 6
non niſi teſtamento dari , non eò pertinet quaſi liberis aut agnatis dari poſ-
ſit,vel adimi pacto hereditas,vt ineptè ſentit *Guil. Bened.in repet.cap. Raynu-*
*tius.in verb.duas habens filias.nu.*200. quem miror in eo probatum à *Teſſauro*
*deciſ.Pedem.*48.*num.*10.*in fin.* ſed quia iſtis datur hereditas à lege etiamſi nul-
lum teſtamentum factum ſit,l.1.*de her.petit.* extraneis autem non niſi teſta-
mento.Adeò autem verum eſt nec ciuili nec pontificio iure valere pactiones
iſtas de ſuccedendo quantumlibet iuratas, vt neque aliud dicẽdum ſit etiamſi
pactum ſit reciprocum inter alios,quàm commilitones.Militum † enim hac 7
in re, vt & in aliis plerisque iuris partibus ſingulare ius eſt,& quidem ita de-
mũ ſi in ipſo procinctu pactio talis facta ſit, *l.licet* 19.C.*de pact.*& ita ſi ſint de
publico conducti,vt loquitur *Cacher.ſupradicta deciſ.*100. Quamuis non de-
ſint qui ad paganos quoque legem illam communi gentium vſu tractam eſſe
defendant , præſertim ſi inter nobiles agatur , aut inter agnatos & cognatos
proximos,vt inter eos ſucceſſionum iura conſeruentur. Et certè negari non
poteſt quin hac parte magna ſit vis & poteſtas conſuetudinis, & longè maior
quàm pacti. Nam & receptum videmus longo vſu, quem tamen ex pragma-
ticorum errore fluxiſſe credibile eſt,vt pactiones † illæ de futura ſucceſſione, 8
de quibus tractamus , paſſim defendantur ſi pater in dotalibus tabulis pro-

Digitized by Google

miſerit inſtituturum ſe filium aut filiam ex certa portione, tametſi longè maiore, quàm par ſit ad inducendam inter omnes liberos æqualitatem, idque non tam, vt puto, propter vinculum iuriſiurandi, licèt vix ſit vt ſine iureiurando pactiones huiuſmodi fiant, quàm fauore & contemplatione matrimonij, ne decipiatur is ex coniugibus qui placiti fidem ſecutus, matrimonium contraxit, non aliter contracturus. Etſi leuior ſanè eſt ratio hæc æquitatis, quàm vt certi iuris autoritatem labefactare debuerit. Eſt enim quod imputari poſſit ei qui ſub eo pacto acceſſit ad matrimonium, cur non egerit po-
9 tiùs vt ex eo † contracti matrimonij tempore donatum eſſet inter viuos ſaluo vſufructu totū id quantum eſt quod teſtamento daturum ſe pater promiſerit. Idem enim eſſet, niſi quòd certior effectus liberalitatis, nec legibus vis vlla fieri diceretur. Itaque non video qua ratione aut quonam colore defendi poſſint hæ pactiones de ſuccedendo, licèt iuratæ ſint, præterquàm vno illo caſu, qui Leonis conſtitutione continetur, id eſt, ſi pacto actum ſit de liberis omnibus, ex æquis portionibus, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato heredibus habendis. Nam & ex iis ipſis qui putant valere has pactiones de futura ſucceſſione ſi iuſiurandum acceſſerit, ſic tamen multi ſentiunt, vt nihilominus
10 ſint † reuocabiles ad nutum, & voluntatem promittentis, ſi credimus *Antonino Teſſauro deciſ. Pedemont.* 225. Maximè, inquiunt, ſi quinque teſtes adhibiti proponantur: Quaſi ex ea ſollennitate, iuncta conditione & qualitate negotij quo de agitur, id eſt futuræ ſucceſſionis videatur id actum inter contrahentes vt ea conuentio valeret iure ſupremę voluntatis, potiùs quàm ex contractu inter viuos, niſi de bonis actum ſit, non de hereditate, vt tractat *Crauet. conſ.* 139. *num.* 10. *poſt Decium conſ.* 184. Quanquam non facilè poſſum ego concoquere vt conuentio facta inter viuos, & in dotalibus tabulis valeat, nec eo minùs reuocari poſſit ab eo ipſo qui vtiliter obligatus ſemel fuit. Illis ego
11 potiùs accederem, qui negant valere † conſuetudinem illam ex qua diximus pactiones iſtas vſu receptas eſſe & approbatas, quam eſſe communiorem interpretum ſententiam aſſirmat *Cacher. d. deciſ.* 100. *nu.* 32. 33. & 34. Conſuetudinis enim vſuſque longæui, licèt non vilis ſit autoritas, non tamen vſque adeò ſui valere debet momento, vt aut rationem vincat, aut legem, *l. 2. C. quæ ſit long. conſuet.* cui conſtitutioni ſi hoc caſu locus non ſit, planè non video quonam alio eſſe vnquam poſſit.

ERROR SECVNDVS.

Si futuræ matris aut fratris abſentis ſucceſſioni renuntiauerit filia, patre ſtipulante.

SVMMARIA.

1 *Mos frequens renuntiandi futuris ſucceſſionibus, cùm filiæ à patribus matrimonio collocantur & dotes accipiunt.*

2 *Huiuſmodi renuntiationis quæ & quanta ſit vis, ex ſententia pragmat.*

3 *Talem renuntiationem nullius eſſe momenti, cùm patre aut matre ſtipulante, filia renuntiat ſucceſſioni fratrum aut ſororum.*

4 *Nec ad rem facere quod pragmatici obiiciunt, patrem filio ſtipulari poſſe.*

5 *Nec quòd in aduentitiis pater filij admi- niſtrator legitimus ſit.*

6 *Re-*

6 Renuntiatio quæ fit patri ratione paternæ ſucceſſionis lógè diſtat ab ea quæ eidem fit ratione fraternæ ſucceſſionis.

7 Vis renuntiationis quæ fit patri ratione fraternæ ſucceſſionis à fratre quocunque indicio voluntatis ſuberti poteſt.

8 Fratre renunciationem ratam habente, confirmatur renunciatio.

9 Si mater tanquam tutrix liberorum filiam nuptui collocans renunciationem ab ea extorſerit in aliorum liberorum gratiam, renunciatio valet, ſi pragmaticis fides: ſecus verò eſt, ſi non ſit tutrix, num. 10.

11 Mater filio ſtipulari nequit, nec poteſt ex æquitate huiuſmodi ſtipulatio defendi.

12 Per inſtitutionem filia extenguitur poteſtas renunciationis, quam pater extorſerat.

13 Excipitur caſus quo ſecuta eſt ratihabitio fratrum.

14 Nulla eſt renunciatio illa, qua filia accepta à patre dote renunciauit maternæ ſucceſſioni, ſi nihil à matre acceperit.

15 Valeátne fauore patris renunciatio filiæ fraternæ ſucceſſioni.

SOLENT filiæ † cùm à patribus matrimonio collocantur, do- 1
téſque accipiunt, renuntiare futuris ſucceſſionibus non modò pa-
tris, ſed etiam matris, fratrúmque & ſororum, nullo vt plurimùm
in eam rem adhibito ſtipulatore; præter notarium, & patrem à
quo dos promittitur, vel numeratur. Tantáque huiuſmodi renunciatio-
num †, ſi iuratæ ſint, vis & poteſtas eſſe creditur, vt per eas excludatur fi- 2
lia ab omnibus ſucceſſionibus quibus renunciauit, etiamſi neque matris, ne-
que fratrum qui renunciationis tempore abſentes fuerunt ratihabitio vlla
ſecuta eſſe proponatur. Id verò, non tam propter interpoſitum iuſiuran-
dum, quàm propter perſonam patris, de quo ſolet lex præſumere quod bo-
num commodúmque pro filia conſilium acceperit. Nam ſi talis renunciatio
facta eſſet matre aut aliquo ex fratribus pro ſe & abſentibus omnibus ſtipu-
lante, licèt accedente iureiurando, placeret nullius fore momenti renuncia-
tionē quod ad abſentes, præſertim qui ſtipulationem illam ratam nullo tem-
pore habuiſſent: ſic nimirum cogente iuris ratione, quæ non patitur vt de
tertij abſentis & ignorantis ſucceſſione inter alios tranſigatur: nec ſolùm ſi
tranſigentes de proprio ſuo commodo cogitent, ſed etiā ſi in aliorū vtilita-
tem, & eorum maximè de quorū ſucceſſione agitur, ſtipulētur. Quoniā alio-
qui facilè fieret vt iis ipſis obeſſet renūciatio in quorum gratiam facta eſſet.
Quid enim ſi ignorantes illi renunciationem paſſi ſint ſe decedere inteſtatos
vt ad ſucceſſionis ſuę partē tacito iudicio vocarent eam ipſam perſonā quæ
renūtiauit? fortaſſe teſtaturi in eius cōmodum ſi ab inteſtati ſucceſſione ex-
cluſam eam eſſe ſciuiſſent. Annon iniuria hoc caſu fieret fratri ipſi cuius ab-
ſentis & ignorātis ſucceſſioni ſoror renūciaſſet, atque ſorori ipſi quæ renun-
ciauit? Et ſanè ratio hæc tam euidens eſt & efficax, vt putem nō minùs auto-
ritatis habere eā debere † cùm patri facta renunciatio eſt, quàm cùm matri 3
aut fratri. Id. n. omnibus caſibus periculum & incōmodum emergit exclu-
dendæ à legitima alterius ſucceſſione eius perſonę, quam defunctus heredem
ſibi ab inteſtato futuram fortaſſe credidit. Nec video cur patri potiùs quàm
alij licere debeat in eo circumuenire filij ſui, cui ſtipulatur, aut vxoris ſuæ
incertā ignotámque voluntatem. Nam quod pragmatici obiiciūt † poſſe pa- 4
trem filio ſtipulari, etſi verum eſt, tamen nullomodo ad rem pertinet: cùm
enim pater filio ſtipulatur, non filio ſed ſibi acquirit, quoniam perinde eſſe
intelligitur, ac ſi filius aut ſibi aut patri ſtipularetur. Nos autē de ea patris ſti-
pulatione tractamus ex qua filio non patri ius acquiratur. Talē verò nullam
leges agnoſcūt, quia in eo quod per filiū patri acquiri nō poteſt, filius patri
pro extraneo eſt. Neq; mutat, quod etiā in aduentitiis † pater filij adminiſtra- 5

tor legitimus eſt. Nihil enim eſt quod de aduentitiis tractari queat, aut quod
patri ius dare poſſit ſtipulandi pro filio, cùm filius nihil aliud in bonis ha-
bet præter ſpem paternæ ſucceſſionis: nec ea ſpes tanti eſt, quæ facere debeat
vt aliquid ſit cuius contemplatione videri poſſit pater legitimus eſſe filij ad-
miniſtrator. Non enim nomen patris, aut ius poteſtatis, ſed res ipſa quæ ad
miniſtranda eſt cum patriæ poteſtatis iure coniuncta, patrem facit legitimũ
adminiſtratorem. Quòd ſi iam tum cùm pater filio abſenti ſtipulatur, habet
ille bona aliqua propter quæ videri poſſit pater ius habere legitimæ admini-
ſtrationis, non eo magis tamen valere debet ſtipulatio illa renuntiationis,
per quam fiat vt ſoror à fratris inteſtati ſucceſſione quandoque repellatur,
quia non poteſt acquiſitionis iure cenſeri ea renunciatio quæ fratri heredẽ
adimit ſororem, quã fortaſſis ab inteſtato habere is mallet, quàm fratres aut
5 alias ſorores quæ non renunciarunt. Siquidem longè diſtat renũciatio † hęc
ab illa quę fit patri aut matri ratione paternæ aut maternæ ſucceſſionis. Lo-
cupletior namq; eſſe intelligitur pater aut mater cuius ſucceſſioni filia ſic re-
nunciauit, vt à legitima quoq; ſit excluſa: quoniã vel inuitis parẽtibus neceſ-
ſe eſt ea vt ſaltẽ portio quaſi debita liberis relinquatur, parúmq; diſtat ab ęre
alieno, quo qui ſolutus eſt nõ abs re tãto ditior eſſe exiſtimatur. At frater ſo-
rori nihil debet, nec eã ab inteſtato heredẽ habet, niſi cùm vult decedere in-
teſtatus, vt eos heredes habeat, quibus lex ipſa delatura eſt hereditatẽ. Tãtum
igitur abeſt, vt frater ob id locupletior factus videri debeat, quod ſorori pręcluſus
ſit per renunciationẽ aditus ad legitimã ipſius ſucceſſionẽ, vt è contra-
rio non mediocre incõmodum illud ei accedat ex renunciatione, quòd ſi in-
teſtatus moriatur alijs relictis ſororibus minùs forſitan dilectis, hanc tamen
quã prædilexit, quæq; iã per renunciationẽ excluſa eſt heredem habere non
poterit. Etſi.n.poteſt huic incommodo ſi velit facilè mederi cõdito ſi volet
teſtamẽto, tamen neſcit quàm plerũq; incõmoda & difficilis quinetiã inter-
dum impoſſibilis ſit teſtamenti factio ſiue ob penuriam teſtium: ſiue quòd is
qui teſtari decreuerat, morbo repentino oppreſſus teſtamentũ facere nequi-
7 uerit. Quanquã nõ nego poſſe vim & poteſtatẽ renũciationis † quantumlibet
validæ, ſubuerti quocũq; iudicio voluntatis, nec neceſſariũ in eã rẽ eſſe teſta-
mẽtum. Sed quid ſi nec cõtrarię illius volũtatis declarãdę otium aut memo-
riã repentinus morbi caſus reliquerit? Quid ſi frater hic cuius ſucceſſioni ſo-
ror renũtiauit patre ſtipulante, impubes deceſſerit? Quid deniq; ſi renuncia-
tionẽ illã nũquã reſcierit, ac proinde iuſtã credẽdi cauſſam habuerit fore vt ſi
inteſtatus decederet eã ipſam ſororẽ heredẽ aut ſaltẽ coheredem haberet quę
poſt illius mortẽ reperietur excluſa per renunciationẽ? Hi.n.caſus præcipuè
8 ſunt, de quibus diſputamus. Nã ſi ponas fratrem † cuius ſucceſſioni renuncia-
tum eſt ſciuiſſe renunciationẽ, eámq; ratã habuiſſe, nõ negabo poſſe defendi
eodẽ iure habendã huiuſmodi renũciationẽ, quo ſi à fratre ipſo adhibita ſti-
pulatio fuiſſet: at non propter perſonam aut ius patris, ſed propter ſtipulatio-
nem notarij cùm ex generali gentium omnium conſuetudine permiſſum ſit
notario vt abſenti & ignoranti cuilibet ſtipulari poſſit, ex eáque ſtipulatione
naſcatur actio & ius acquiratur ei cui ſtipulatus fuerit, dummodo ſecuta le-
gitima ratihabitione. Quare nec aliud admittendũ putabo etiam ſi nõ pater
ipſe, ſed frater aut alius quilibet ſtipulatus ſit, quia & ſufficeret ſolũ notariũ
ſtipulatum eſſe, alio nullo interueniente admiſſa ſcilicet ea pragmaticorũ &
interpretum ſententia, quam nos in ſuperiore Decade refutauimus, quæ ha-
bet

bet huiuſmodi pactiones de non ſuccedendo perinde confirmari iureiurando ex pontificia conſtitutione cùm fratri factæ ſunt, acſi patri factæ eſſent. Idē ergo etiā eueniet, ſi mater tanquam tutrix † liberorū filiam nuptui collocans 9
ſimilē ab ea renunciationem in aliorum liberorum gratiam extorſerit. Non enim plus iuris habere poteſt mater ob tutelā, quàm pater ob ius poteſtatis. Etſi ſunt qui putent poſt *Crauet. conſ. 127. num. 5.* tutoris cōſenſum & acceptationem pro pupillis ſiue præſentibus, ſiue abſentibus in his renunciationibus ſufficere poſſe: quod tamen ego nō puto probandū niſi cùm agitur de paterna aut materna hereditate, quoniā extra eā cauſam, vt diximus, ſtipulationes hæ nō ſunt acquiſitiones. Cùm verò mater † tutrix non eſt aperta eſt ratio iuris, non magis matri quàm alij extraneo cuilibet permittendum eſſe vt filio 10
ſtipuletur, quia hac parte verè extranea eſt, † quæ ſcilicet non habet liberos in 11
poteſtate. Quod enim placet interpretibus poſſe ex æquitate defendi ſtipulationem, & ex ſtipulatione dari vtilem actionem ob adfectionem perſonarum, ex *l. Caius 45. D. ſolut. matrim.* apertè falſum eſt, & diſcrepans à principiis iuris, vt nos probauimus *li. 1. Coniect. cap. 4. & lib. 13. cap. 5. ex l. ſi genero 26. C. de iur. dot.* In eo tamen pragmatici bene ſentiunt, quod admittunt, ſi pater 12
qui filiam induxerat ad paternæ fraternæque ſucceſſionis renunciationem, eandem poſteà ex teſtamento cum aliis fratribus aut ſororibus heredem inſtituerit, aut etiam ſubſtituerit, hoc ipſo extingui vim & poteſtatem renunciationis: quaſi mutata patris voluntate, in cuius ſanè fuit arbitrio, ab ea renunciatione quam pro aliis extorſerat in eorundem præiudiciū reſilire. Nimirum quandiu illi patris notariíque ſtipulationem ratam non habuerunt. Secuta † námque ratihabitione, cùm iam ex proprio facto ius quæſitū habere 13
cœperint, fieri non poteſt vt eis ius illud à patre auferatur, quoniam etſi pater ſtipulatus non fuiſſet, ſola tamen notarij ſtipulatio ſufficere, vt diximus, potuiſſet. Nec renunciationem illud irritam facere poterit, quod ſoror nullo à fratribus accepto, ſed dote tantùm à patre, eáque fortaſſis etiam minùs cōgrua ex comparatione paternarum facultatū, ſucceſſioni fraternæ ſine cauſa renūtiaſſe videatur. Illa enim cauſa ſola ſufficere poteſt ad ſororem à fraterna ſucceſſione excludendam quòd excluſam eam eſſe fratres velint: præſertim ſi fratres inteſtati moriantur: quo caſu non poteſt locus eſſe exceptioni quæ teſtamēto facto neceſſaria eſt, niſi turpis perſona ſit inſtituta. Quamuis enim ſi iuris ciuilis regulas ſpectes, non aliter poteſt ſoror à fratris ſucceſſione excludi nullis fratri exiſtentibus liberis, quàm ſi factum fuerit à fratre teſtamentum, tamen ex quo pontificiæ legis & iuriſiurandi autoritate inductum eſt, vt ab inteſtati quoque ſucceſſione poſſit legitimus ſucceſſor quilibet excludi per renunciationem, pro teſtato habendus eſt frater qui iuratam ſororis renunciationem admiſit: quaſi qui in eundem finem, id eſt ad ſororē excludendā fuerit teſtaturus, niſi eam vi renunciationis iam ſatis excluſam exiſtimaſſet. Maternæ ſucceſſionis meo iudicio, alia ratio eſt. Nam cùm liberis in bonis defunctæ matris legitima ſaltem portio debeatur, ſi filia † quæ accepta dote à patre renunciauit maternæ ſucceſſioni, nihil à 14
matre, id eſt ex bonis maternis acceperit, ſiue mater præſens fuit, & conſentiens renunciationi, ſiue poſtea ratam eam habuit, negari non poteſt quin eiuſmodi renunciatio quod ad matrem attinet, facta ſit ſine cauſſa: & conſequenter cùm ea res materiam præbeat exceptionis doli quæ iuriſiurandi vim eneruat & deſtruit, fatendum eſt vel nullam eſſe renunciationem quaſi nec-

iuratam, ſecundùm ea quæ nos in ſuperioribus diſputauimus in filia quæ nullo à patre accepto paternæ ſucceſſioni renunciauit, vel ſaltem ſi cum pragmaticis ſentire malis, reſcindi eam poſſe ex cauſa immodicæ læſionis, ſiue dicas ſufficere impetrationem abſolutionis, quod ego probabilius arbitror, ſiue quod quidam volunt, reſtitutionis quoque auxilium in eam rem neceſſarium eſſe credatur. Tametſi enim huiuſmodi renunciationi tantam vim tribuas quanta eſſe poſſet conditi teſtamenti ad filiam excludendam, non tamen poteſt ea res ſufficere ad hoc vt à materna ſucceſsione penitus filia excludatur per renunciationem, quia neque per matris teſtamentum ſic excludi poſſet, vt non ſaluam haberet legitimæ petitionem, aut ſaltem condictionem ex Iuſtiniani lege ad legitimæ ſupplementum. Tanto magis igitur admittendum eſt hoc ſaltem caſu non poſſe valere maternæ ſucceſſionis renunciationem quantumlibet iuratam à filia ſoli patri ſtipulanti factam, quam mater ipſa poſteà ratam numquam habuerit. Quod ſi ne quidem matris fauore valet, cuius ſucceſſioni renunciatum eſt, quanto minùs valebit fauore patris, licèt ſibi ille ſtipulatus proponatur? I-
15 démque prorſus in fraterna † ſucceſsione tractari poteſt, vt quamuis à filia, quæ fraternæ ſucceſſioni renunciauit, pater ſibi ſuiſque heredibus ſtipulatus ſit, non magis tamen ſibi quàm abſentibus & ignorantibus fratribus ius aliquod ex renunciatione quæſiuiſſe exiſtimetur, quia renunciatio nulla eſt, non equidem quaſi facta ſine cauſſa, vt cùm agitur de materna ſucceſſione, ſed quia de abſentis & ignorantis hereditate pactiones inter alios factæ non valent, ſiue de ſuccedendo factæ ſint etiam cum iureiurando, quia ad pacta de ſuccedendo pontificia conſtitutio non pertinet, ſiue de non ſuccedendo, quia quòd iure pontificio confirmantur, adhibito iureiurando, eam ſanè recipit interpretationem ex iure ciuili, ſi tertij de cuius ſucceſſione actum eſt non tantùm ſcientia, ſed etiam conſenſus & quidem expreſſus interuenerit. *l. vltim. Cod. de pact.* Nec conualeſcet renunciatio ob id ſolùm, quòd patri, qui renunciationem à filia fraternæ ſucceſſioni factam ſibi ſuiſque ſtipulatus fuerat, iidem fratres heredes extiterint, quorum ſucceſſioni renunciatum fuit. Paternæ ſiquidem hereditatis agnitio non poteſt cedere loco expreſſi conſenſus, quod ad eos heredes attinet qui defuncti factum ignorant in ea re in qua niſi conſentientibus ipſis nihil fieri potuit à defuncto, cùm non de obligandis ex defuncti facto heredibus hoc caſu agatur, ſed de adimendo iis herede non ſolùm præter ipſorum voluntatem, ſed etiam contrà quàm pater ipſe ſtipulando ſenſerit qui vtique liberis ſuis prodeſſe voluit non nocere, nec iis auferre heredem quem habere quandoque vellent. Idem enim alioqui periculum, & incommodum occurret, quod nos euenturum diximus quoties valeret pactio de tertij hereditate facta, vt eos ille heredes ab inteſtato non haberet quos habere voluiſſet, quóſque fortaſſis teſtamento inſtituiſſet ſi nullum iis ad inteſtati ſucceſſionem aditum ſupereſſe crediidiſſet.

ERROR

ERROR TERTIVS.

Si paternis tantùm bonis renuntiatum ſit non etiam fraternis, & patri frater heres extiterit, aut pater ad ſecunda vota conuolauerit.

SVMMARIA.

1 Pactiones de futura ſucceſſione vt pote odioſa ſtrictiſſimè accipienda ſunt.

2 Filia quæ bonis paternis renuntiauit, nõ cenſetur renuntiaſſe fraternis.

3 Refertur diſtinctio quam Decius ad proximè relatam propoſitionem adhibet.

4 Sententiam Decij non probari ex l. ſed ſi plures 10. §. filio impuberi. D. de vulg. & pup. ſubſtit.

5 Alia pragmaticorum diſtinctio, quæ docẽt quando filia, quæ bonis paternis renuntiauit, cenſeatur etiam fraternis renuntiaſſe.

6 Diſtinctionem pragmaticorum improbabilem eſſe.

7 Renuntiationes filiarum eis nocere non debent quibus prodeſſe voluit ſtipulator.

8 Caſus quo filia quæ fratris eſt non admittitur ad petitionem bonorum paternorum.

9 In pleriſque iuris partibus origo bonorum conſideratur.

10 Mater quæ ad ſecundas conuolauit nuptias vni ex liberis poſtea defuncto vt ſuccedat tum antiquo, tum Iuſtinianæo iure.

11 Liberi qui renuntiarunt non prohibentur petere ea quæ parentes ob electas ſecundas nuptias amiſerunt.

12 At qui renuntiarunt prohibeantur ſuccedere in bonis paternis feudalibus.

PACTIONES † quæ fiunt de futura ſucceſſione, quoniam ſunt 1
odioſæ, ſoláque iuriſiurandi religione ſuſtinẽtur, cõſtat quàm ſtrictiſſimè fieri poteſt, accipiẽdas eſſe, nec interpretatione aliqua adiuuãdas. Inde fit quod & interpretes & pragmatici omnes fatentur, vt quæ bonis † paternis renuntiauit, nõ cenſea- 2
tur renuntiaſſe fraternis, non ſolùm ſi bona illa frater habuerit aliũde quàm à patre, ſed & ſi ab ipſo patre profecta ſint, quia ex quo fraterna facta sũt deſierunt eſſe paterna, & mutatione perſonæ mutatur conditio bonorum, *l. per curatorem 91. §. 1. D. de acquir. hered.* Sunt tamen qui diſtinguant † poſt *Deciũ* 3
in l. hereditas. num. 8. de regul. iur. an frater renuntiantis de cuius bonis agitur paternam hereditatem adierit nécne: vt ſi adierit, non poſſit eius ſoror ſeparare hereditates quæ ſemel iunctæ fuerunt, ſed quemadmodum excluſa eſt ab hereditate paterna per renuntiationem, ita & excluſa ſit ad fraterna: ſi nõ adierit, tùm verò obtineat, quod diximus, vt quamuis patris heres eſſe non poſſit, fratris tamen eſſe poſſit. Quam ſententiam probat *Decius ex l. ſed ſi plures. 10. §. filio impuberi de vulg. & pup. ſubſt.* vbi ſcriptũ eſt, ſi filio impuberi heredi ex aſſe inſtituto ſubſtitutus quis ſit, & filius heres patri extiterit, non poſſe ſubſtitutũ ſeparare hereditates, vt filij habeat, patris nõ habeat, aut cõtra, ſed aut vtriuſq; habere hereditatẽ debere, aut neutrius: iuncta enim, inquit, hereditas cœpit eſſe. Sed † ſunt iſta lõgè diſſimilia. Non enim quærimus, an filia 4
quę renũtiauit paternæ ſucceſſioni, poſſit à paternis bonis abſtinere, & fraterna agnoſcere. Certũ enim eſt nõ poſſe poſteaquà m iuncta hereditas cœpit eſſe, ſed de illo tractamus, An eò minùs poſſit in bonis paternis quæ fraterna facta ſunt ſuccedere quòd aliquãdo paterna fuerũt, quódq; ſi paterna manſiſſent, ab iis nunc per renuntiationem excluſa reperiretur: ad quam quæſtionẽ ſupradictus Vlpiani locus nihil pertinet. Eadem námq; dubitatio eſt ſiue per

viam ſucceſſionis hereditariæ, ſiue qua alia ratione bona patris ad fratrē peruenerint: & vtroque caſu ſicuti verum eſt facta eſſe fraterna, ita fatendū eſt in fratris hereditate reperiri, & cōſequenter acquiri ſorori quę fraternæ ſucceſſioni non renuntiauit. Eámq; ſententiā cōtra Deciū & receptiorē & veriorē eſſe teſtatur Didacus *ad cap. quāuis. in tert. part. relect. §. 3. nu. 2. de pact in 6.* Illa
5 igitur alijs diſtinctio † magis placet an filia quæ renuntiauit petat bona paterna tanquā heres patris per mediā fratris perſonam, an potiùs tanquā heres fratris. Priore caſu nō eſſe audiēdā filiā tanquā excluſam per renuntiationem, quia licèt veniat ex nouo iure propter mediā perſonā fratris, venit tamen ad ſuū cōmodū: iuris autē regula eſt nō magis ex alterius quàm ex ſua perſona poſſe quem agere cùm ad ſuū cōmodū agere vult, nec agere ex propria perſona poteſt. Poſteriore verò caſu nihil prohibet, inquiunt, quominùs filia cōſequatur tāquā heres fratris quod tāquā heres patris cōſequi non poſſet. Sed
6 neq; diſtinctio † hęc mihi probari poteſt: nam cùm heres heredis ſit heres teſtatoris, quid obſecro eſt, quod impedire debeat ne ſoror bona paterna poſſit vindicare tanquam heres patris, cùm ſit heres fratris qui patri heres fuit? An renuntiatio? Minimè verò. Habet. n. tacitam conditionem vt ſæpiùs diximus. Si res in eodem ſtatu maneat, non autem idem ſtatus eſt poſt acquiſitā ſorori fraternam ſucceſſionem, qui fuit tēpore renūtiationis. Et quemadmodum patris, qui ſibi filióq; aut heredi ſuo ſtipulatus eſt, ea ſine dubio voluntas fuit non tātùm filio aliúue cuilibet primo heredi, ſed vt etiam heredis heredi ius acquireret, ex perſona ſcilicet ac iure primi heredis. Ita credendum eſt nec patrem ipſum qui filiam ad renuntiandum induxit eo animo fuiſſe vt renuntiationem nocere filiæ vellet ſi eam filio herediue ſuo heredem aliquo caſu ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato fieri contingeret, non magis quàm ſi ipſe heredem illam teſtamento inſtituiſſet. Et hoc conſequens eſt ei quod ſuperiore capite diximus, non eſſe ferendum vt huiuſmodi renuntiationes
7 iis noceant † quibus prodeſſe voluit ſtipulator: noceret autem illa de qua agimus, ſi filius aliúſve quilibet patris heres cuius commodo pater ſtipulatus intelligitur, ſororem quæ renuntiauit heredem ſibi eligere etiam ab inteſtato
8 prohiberetur. Sanè ſi filia † quę heres fratris eſt bona paterna velit petere non tanquam heres fratris aut patris ex perſona fratris, ſed tanquam heres patris ex proprio capite & iure, certum eſt audiri eam non debere, nec minùs nocere ipſi hoc caſu renuntiationem quàm ſi fratri heres non fuiſſet. Poteſt enim eius qui conuenitur intereſſe ſororem ex fratris potiùs quàm ex propria perſona agere, fortè ſi quam exceptionem erat ille habiturus contra fratrem, qua vti non poſſet contra ſororem ſi illa proprio iure non ex fratris perſona experiretur, arg. *l. cùm reus* 14. D. *de fideiuſſ.* Illud tamen ſuperioribus obſtare
9 videri poteſt, quod in aliis pleriſque † iuris partib⁹ origo bonorum cōſiderari ſolet, vt euenit cùm mater quæ ad ſecundas cōuolauit nuptias, vni ex liberis poſteà defuncto ſuccedit. Etſi enim ſi à filio heres ſcripta ſit ſuccedit haud dubiè in omnibus filij bonis indiſtinctè, tamē defuncto filio inteſtato diſtin-
10 guēdum eſt quænam bona filius reliquerit. Nam † eorum quę ex paterna ſubſtantia ad filium peruenerūt, ſolus vſusfructus matri debetur, proprietate cæteris fratribus aut ſororibus ſeruata, eorum verò quæ filius aliunde quàm à patre habuit, plena proprietas ad matrem pertinet, pro qua parte ad inteſtati filij ſucceſſionē cum fratribus & ſororibus vocatur. *Auth. ex teſtamento. C. de ſecund. nupt.* Sed reſpondendū eſt id fieri ex Iuſtiniani Nouella conſtitutione potiùs

potiùs quàm ex vera iuris ratione,vt ex eo apparet quod ante Iuſtiniani conſtitutionem aliter ius erat,& indiſtinctè bonorũ omniũ prędefuncti filij proprietas matrẽ,quę ad ſecundas tranſierat nuptias,omnino deſerebat,vndecũq; tandẽ bona illa prouenisſent *l.3.§.illud etiam.C.eo.*adeóq;tametſi mater à prędefuncto filio fuiſſet inſtituta. Nec ſanè valdè refert ſi iuris rationẽ aut defũcti voluntatẽ inſpicias an ſuccedatur, ex teſtamento an ab inteſtató,cùm & ij qui ab inteſtato ſuccedũt,eo colore ſuccedãt quaſi tacito defũcti iudicio inſtituti,*l.3.§.1.l.cõficiũtur* 8.D.*de iur.codic.*At Iuſtinianus more ſuo plus æquo fauẽs mulieribus tẽſtamẽti cauſſã prorſus exceptã voluit fauore matris binubæ, vt nõ ſit deterioris cõditionis quàm alius inſtitutus quilibet: ab inteſtato autẽ nõ ab aliis bonis excluſã eã voluit , quàm quæ à patre ad filiũ peruenisſent, quaſi mater quæ ad ſecũdas trãſijt nuptias nõ tã liberis ex priore matrimonio ſuperſtitibus quàm priori cõiugi iniuriã feciſſe videatur , ideóq;ab iis tãtùm bonis filij excludi debeat,quę patris aliquãdo fuerunt, nõ etiã à cæteris. Itaq; ex eo iure quod nõ ratione vlla iuris,ſed ſola Iuſtiniani volũtate nititur, non poteſt argumẽtũ ſumi quod trahatur ad propoſitã diſputationẽ. Planè, quãdo de parente ad ſecũda vota trãseũte iã aliquid diximus,nemo dubitat quin huiuſmodi renunciationibus non prohibeãtur†liberi qui renunciauerũt ea pe- 11
tere quæ parentes ob electas ſecũdas nuptias amiſerũt.Acquirũtur.n.illa liberis ex legũ beneficio,& veluti pœnę nomine,nõ hereditarię ſucceſſionis iure, vt iã olim rectè Bartol. diſputauit ad *l.qui Romæ.*122.*§.duo fratres.in fin. oppoſitionis pen. de verb.obl.*quẽ ſequitur *Guid.Pap.qu.*128.*poſt* Old.*con.*294.Magis 12
mirũ†illud eſt,nec tamẽ minùs probabile quod iiſdẽ noſtris placet,idẽ de paternis bonis feudalibus iuris eſſe, vt liberi qui paternæ ſucceſsioni renũtiarũt nõ idcirco ab iis bonis ſummoueãtur , nimirũ quia propriam & ſeparatã naturam habent,nec ſunt omnino paterna, vt ex aliorum ſententia tractat D*id.d.*§.3.*n.*6.Scilicet niſi his quoque bonis expreſſim renunciatũ ſit.Nam expreſſam renunciationẽ valere non ambigitur.Alioqui cùm iuſiurandum ex iurantis mente vires & interpretationẽ accipiat , non poteſt ad iſta porrigi de quibusin dubio veriſimile eſt non fuiſſe cogitatum.*l.qui cum tutoribus* 9.*§.*1. 2.*&* 3.*D.de tranſact.l.mater decedens* 19.*de inof.teſt.l.fin.qui ſatisda.cogant.*

ERROR QVARTVS.

Si filia quæ patri cum iureiurando renunciauit ab eo inſtituta ſit in aliquo pro legitima portione.

SVMMARIA.

1 *Renunciationes quantumlibet iuratæ non impediunt quominus is qui renunciauit poſſit inſtitui à ſtipulatore.*

2 *Cur ante Iuſtinianũ mater quæ ad ſecũdas nuptias conuolarat nõ poterat ſuccedere filio,quãdiu alij liberi ex priori matrimonio ſupererant.*

3 *An filia quæ patri renunciauit ſi ab eo inſtituta ſit in aliquo pro legitima, poſſit petere ſupplementum legitimæ.*

4 *Marantæ ſententia affirmans pragmaticis probata.*

5 *D. ſententiæ improbatio: & ſeqq*

6 *Renunciationes de quibus agitur pertinent tantùm ad cauſſam inteſtati.*

7 *Limitata cauſſa limitatũ producit effectũ.*

8 *Ex ſententia pragmaticorũ qui paternæ aut maternæ hereditati ſimpliciter renuntiauit, poteſt nihilominus petere legitimam, ſecus ſi legitimæ renunciatum ſit.*

9 *Supplementum legitimæ condictione ex teſtamento petitur, licet teſtamento non ſit relictum.*

10 *Iuſiurandum remitti poteſt ab eo in cuius gratiam præſtitum eſt.*

11 *Filia quæ renuntiauit, etiam ab inteſtato habere debet quæcumque pater ei reliquit in teſtamento minus ſolenni.*

12 *Caſus quo renuntiatio non poteſt iureiurando confirmari.*

MONVIMVS ſæpiùs renunciationes † iſtas de quibus agimus
1 quantumlibet iuratas non impedire, quominus poſſit ea perſo-
na quæ renunciauit heres inſtitui ab ipſo ſtipulatore. In eóque
mihi conuenit cum interpretibus & pragmaticis omnibus: non
ſolùm quòd non ſit veriſimile hoc actum, aut de hoc caſu cogi-
tatum eo tempore quo interpoſita fuit renunciatio, ſed etiam quia fieret a-
lioqui vt noceret ſtipulatori renunciatio, quæ pródeſſe tantùm ei deberet.
Quid.n.abſurdius, quàm ſi quis dicat ſtipulatorem, qui renunciationem extor-
quendo id egit vt liberiorē haberet teſtādi facultatem hoc ipſo minùs liberā
habere, & prohiberi ne filiam quæ renunciauit poſſit inſtituere ſi id malit?
Nec ſimile eſt quod ſuper.ca.dicebamus, ante Iuſtiniani nouellam cōſtitutio-
nē, de qua in Auth. *ex teſt.C.de ſec. nupt.* non †potuiſſe matri quæ ad ſecunda
vota conuolaſſet, acquiri pleno iure proprietatē bonorum filij prædefuncti,
quandiu alij ex eodem matrimonio liberi ſupereſſent. Id enim ratione illam
habebat, quòd nō tantùm matris odium vrgeret, ſed etiā fauor liberorum ſu-
perſtitum, quibus vtique mater ſecundas amplexa nuptias iniuriam feciſſet. In
propoſito autē, neque odium vllum eſt mulieris quæ renunciauit, quam tāto
fauorabiliorem è contrario eſſe neceſſe eſt, quanto odioſior eſt, & à legitimo
ſuccedendi iure alienior renunciatio, neque fauor vllus aliorū qui non renū-
ciarunt, vt melioris conditionis eſſe debeant inuito patre ſtipulatore, quàm ſi
renunciatio nulla præceſſiſſet. Emergit tamen dubitatio †nec inelegās, nec le-
3 uis momenti, ſi filiæ quæ renunciauit pater aliquid vel minimum teſtamento
reliquerit pro legitima portione, an hoc ipſo renunciationis poteſtas, vſque
adeò extinguatur, vt poſſit filia perinde agere ad ſupplementū legitimæ, acſi
nunquam renuntiaſſet. Sic enim pragmatici vulgò putant, ſecuti †*Rober. Ma-*
4 *ranthā* magni inter Italos pragmaticos nominis: *diſp.10.nu.26.* quaſi permit-
tente eo in cuius fauorem facta fuerat renunciatio, & ipſi renunciationi, vt ita
5 dicam renunciante. Quam ſententiam †ego nunquā potui veram putare. Etſi
enim non dubito ita ius eſſe vt hæ renunciationes locum duntaxat habeant
6 quod ad ſucceſſionem † inteſtati, nec excludant renunciantem à petitione
eorum quæ teſtamento relicta ſunt, aut alia diſpoſitione, vt pote quæ debi-
ta ſint ex noua cauſſa, ad quam extendi nequeat priùs facta renunciatio e-
tiam iurata *cap. cum inter. de renunciation.* (renunciatio enim iurium etiam
quæ quis habere ſperet, intelligi debet ex cauſſa de præterito, vt noſtri lo-
quuntur, non item ex cauſſa de futuro, niſi cùm id expreſſum eſt, *Bártolus in*
l. ſi vxor 13.§. Diui ad leg. Iuliam de adult. & ad *l. qui Roma* 122. *§. duo fratres*
de verbor. obligat.) Non poſſum tamen intelligere qua ratione admittendum
ſit vt ex voluntate teſtatoris plus debeatur renuntianti, quàm teſtator ipſe
expreſſerit, aut cur teſtamento ſublatum dicamus vinculum renunciatio-
nis, niſi ad eam vſque quantitatem aut portionem quæ teſtamēto relicta eſt.
argum. *l. 3. D. de teſtament. mil.* Vulgare enim noſtrorum brocardicum eſt, li-
mitatam † cauſſam limitatum producere effectum *l. in agris 16. D. de acquir.*
7 *rerum domin.* Quamquam enim ſcio noſtris placere quod mihi diſplicet, eum
8 qui paternæ † aut maternæ hereditati renunciauit ſimpliciter, nullo accepto,
aut, quod hac parte idem eſt, accepto aliquo quod non ſoleat in legitimam
imputari, nec in eam cauſſam datum ſit vt imputetur, poſſe nihilominùs le-
gitimam petere, cui ſcilicet non cenſeatur renunciaſſe, niſi ſpecialem eius
fecerit mentionem, vt illi arbitrantur. Attamen ſi legitimæ quoque renun-
ciatum

ciatum ſit,licèt pro minore quantitate quàm quæ ad legitimam ſufficiat,cõ-
ſtat inter omnes tantam eſſe vim renuntiationis,vt nec legitimæ ſupplemẽ-
tum peti poſſit. Teſte *Didaco in 3.part.releđ.cap. quamuis. 9. 1. numer. 2. paulo
ante finem de pađ.in* 6.In lucro igitur ponere renuntians debebit, ſi quid
ei præterea vel ex teſtamento,vel ex alia voluntate obuenerit, eáque acceſ-
ſione quantacumque tandẽ illa erit, contentum eum eſſe oportebit. Lon-
geque alia ratio eſt ſupplementi legitimæ quod ex teſtamento deberi dici-
tur,quódque†condictione ex teſtamento petitur, etiamſi teſtamento non 9
fuerit relictum.*l.omnimodo* 30.*C.de inoffic.teſtam.* id enim fit quia ei cui teſta-
tor minùs reliquit quam pro legitima relinquere debuerit,illud quoque de-
betur quod relinqui oportuit,nec relictum fuit : at filiæ cui propter renũ-
tiationem nihil debebatur non poteſt videri minùs relictum eſſe quàm
deberetur,ob hoc ſolum quod aliquid ei pater reliquerit:niſi fortè idem eſt
plus dare quam debeas, & minùs dare illud ſanè non nego poſſe iuſiuran-
dum†remitti ab eo in cuius gratiam præſtitum eſt,vt docet *Bart.in l. Labeo.* 10
D.de iureiur. poſt Accurſ.*in l.adigere,de iur.patron.* Sed nego remiſſum di-
ci debere iuſiurandum quo ſuſtinebatur renunciatio ob hoc ſolùm, quod
aliquid pro legitima relictum ſit ei qui renuntiauit, niſi pro ea quantita-
te aut portione quæ relicta eſt.Pro ea ſanè quantitate aut portione fateor
nullam prorſus renuntiationis habendam eſſe rationem : ideóque habere fi-
liam†debere etiam ab inteſtato quæcumque pater ei reliquit in teſtamẽto mi- 11
nùs ſolenni:quod & traditũ eſt à *Guill.Bened. in repet. cap. Raynutius. in ver.
duas habens filias numer.* 288. *&* 290.Nam ex actus etiam nullo declaratur vo
luntas *l.vltima.D.de reb.eorum qui ſub tutel. & curator.ſunt.* Quodcumque
autem voluntatis indicium ſufficitad hoc vt redeat res ad cauſſam legitimæ
ſucceſſionis,argum.*l.ſi vnus* 27. *§. pactus ne peteret. in fin. D. de pađ.* Ad-
dunt noſtri alium eſſe caſum quo renuntiatio†nõ poſſit iureiurando confir- 12
mari,ſcilicet ſi priùs filia iurauerat ſe nõ renũtiaturã : Prius enim iuramentũ
potentius eſt non ſolũ quia & prius derogatoriũ eſt,ſed etiam quia congruit
iuri commun. *ca.eam te.& cap.intellecto.Extr.de iureiur.Bened.dict.num.*290.
Hoc ipſum tamen ita ſi prius iuſiurandum præſtitum ſit in vtilitatem & in
manibus alterius,*Bald.in cap veniens.ad fin.de iureiur.* & in *Auth.ſacramenta
puberum ver.vlterius quæro.C.ſi aduerſ.vendit.* Item ſi is cui poſteriore loco
iuratur,prius iuſiurandum cõtrarium non ignoret, vt in *d.cap.intellecto.* Alio-
qui deciperetur idem *Bald.in cap cum. contingat.de iureiur. & in l. ſi prædium.
in fin.C.de iur.dot.*

ERROR QVINTVS.

*De differentiis legitimæ portionis.quæ deſcendentibus, & eius quæ
aſcendentibus debetur.*

SVMMARIA.

1 *Diſſenſio interpretũ in aſſignandis differentiis legitimæ quæ deſcendentibus, & eius quæ aſcendentibus debetur.*

2 *Ex ſententia Bartoli legitima deſcendentibus titulo inſtitutionis relinquenda eſt,aſcendentibus verò quocunque titulo relinqui poteſt.*

3 *Primam illam differentiam ab aliis omnibus eſſe exploſam,*

4 *Secũda differẽtia à pluribus pragmaticis-*

aſſignata, & eius refutatio.

5 *Tertia differentia, quod pactum per quod filius excluditur à petitione legitima iure ciuili ſit improbatum, non item illud per quod parens prohibetur legitimam petere.*

6 *Explicatio l. 1. §. ſi parens. D. ſi à par. quis man. fuer. ex qua Did. Couarr. ſuperiorem differentiam colligere nitebatur.*

7 *Differentia proximè relata rationibus ijs tollitur quibus interpretes improbata putant pacta de non ſuccedendo*

8 *Legitima debetur ex officio pietatis non minùs aſcendentibus, quàm deſcendentibus.*

1 SVNT † qui inter legitimam portionem quę deſcendētibus,
& eam quę aſcendentibus debetur, differentias quaſdā con-
ſtituant, ſed alij alia pro arbitrio, ego nullā agnoſco. Prima
2 illa eſt quam Bartolus † aliquando tradidit, vt legitima quę
deſcendentibus debetur ei relinquenda ſit titulo inſtitutio-
nis ex Iuſtiniani Nou. 115. *vt cum de appel. at. cognoſc. §. aliud*
quoque capitulum: Quæ verò aſcendentibus, quocunque ti-
tulo relinqui poſſit, id eſt etiam legati aut fideicommiſſi, aut quo alio eiuſ-
3 modi ex *Nouell.* 18. *De trient. & ſemiſſ.* Sed iampridem † exploſa hæc ſententia
eſt, quoniā poſterior Iuſtiniani cōſtitutio quę liberorū fauore induxit vt legi-
timā inſtitutionis titulo ijs relinqui neceſſe ſit, ſecundū eā interpretationem
quæ magis cōmuniter probata eſt in *d. §. aliud quoq; capitulū*, illud quoq; ex-
preſſim cōſtituit, vt idē omnino in legitima aſcēdētibus relinquēda obſerua-
ri oporteat. Itaque nō infacetè quidā ex interpretibus dixit mirari ſe quòd in
toto mundo Bartolus non inuenerit amicum qui ſententiam ſuam ſequatur.
Quod tamen interpretibus ferè omnibus placet vtramque legitimam tā quæ
deſcendentibus quàm quæ aſcendentibus debetur, inſtitutionis titulo relin-
qui debere, vereor ne non ſit verum, de quo ſequenti capite videbimus. Se-
4 cunda † differentia eſt, quæ pragmaticos quā plures autores habet, vt legiti-
mam quæ deſcendentibus debetur, iis relinqui neceſſe ſit in corporibus bo-
norum. Eam verò quæ aſcendentibus, ſufficiat relinqui pecunia numerata
vt bona in familia conſeruentur. Sed neque video qua ex lege hauſta ſit hæc
differētia. Etſi. n. iure vetere potuit ſatis eſſe ad excludendā inofficioſi quere-
lā ſi legitima ſiue parenti ſiue filio quoquomodo ſicut & quoquo titulo reli-
cta eſſet. i. ſiue in pecunia, ſiue in corporibus bonorum, tamen ex Iuſtiniani
cōſtitutione in *l. ſcimus 36. §. repletionem.* C. *de inoff. teſt.* generaliter inductum
eſt vt legitimā in corporibus bonorum dari oporteat, adeóq; legitimæ ſup-
plementum: Cúmque ex alijs eiuſdem Iuſtiniani conſtitutionibus appareat
eādem illum rationem eſſe voluiſſe in cæteris, legitimæ quæ aſcendentibus &
eius, quę deſcendentibus deberetur, nihil eſt ex quo poſſit cōijci hanc ei dif-
ferentiam placuiſſe, quę nec omnibus pragmaticis probatur, ſed iis etiam tā-
5 tùm qui eo minùs ſapiunt, quo plus ſapere ſibi videntur. Tertia † dif-
ferentia illa adfertur vt pactum de non ſuccedendo per quod filius exclu-
datur à petitione legitimæ in bonis parentum prorſus improbatum ſit
iure ciuili, nec niſi iuriſiurandi religione & vinculo ex pontificia lege defen-
datur. Pactum verò de non ſuccedendo per quod parens prohibeatur
legitimam petere in bonis filij, valeat etiam iure ciuili, nullo licèt accedente
te iureiurando, proptereà quòd, inquiunt, fauorabiliori iure debeatur
aſcendentium hereditas deſcendentibus, quàm deſcendentium aſcēdentibus.
Deſcendentibus. n. debetur hereditas aſcendentium ex voto etiam paren-
tum: Aſcēdētibus verò deſcēdētium contra votum parentum ſola miſeratio-
nis

nis ratione, *l. ſcripto §.vlt.*D.*vnd.liber.l.nam etſi* 15.*D.de inoff.teſt.l.vlt.*D.*de*
*bon.damn.*Sic enim ratiocinatur *Didacus Couarr.ad cap.quamuis. de pact. in 6.*
§.4.num. 10.Motus *ex l.1.§. ſi parens.*D. *ſi à parent. quis manum.fuer.* vbi Vl-
pianus ſcribit,Si parens vel acceperit pecuniam vt filium emâciparet, vel vi-
uus in eum filius poſtea quantum ſatis eſt contulerit ne iudicia eius inquie-
tet,doli exceptione patrem repellendum eſſe. Quaſi verò tractet † Vlpianus 6
eo loco de inita inter patrem & filium pactione de non ſuccedendo. Et ta-
men nihil apertius eſt quàm illud videre, duos ibi caſus proponi. Prior ille
eſt,ſi parens pecuniam acceperit vt filium emanciparet. Quod ſi factum ſit
æquum ſanè eſt repelli eum exceptione doli ſi contra tabulas filij bonorum
poſſeſſionem petat,non quòd in accipienda pecunia deliquiſſe aut dolo malo
verſatus eſſe dici poſſit,vt vulgò noſtri tradiderunt,contra textum in *l. vtrum*
turpem 107.*de verb.oblig.l.vlt.C.de emancip.liber.* Sed quoniam ea bonorum
poſſeſſio patri datur in præmium,& remunerationem emancipationis,*d.l.1.ſi*
à parent.quis manum. Præmio autem nullo opus eſt poſt emancipationem ei
qui pecuniam accepit vt emanciparet.Præmium enim ab initio accepit pater
hoc caſu,*l.etiamſi 3.§. ſi quis numos.*D.*de bon.libertor.* Alter caſus eſt ſi poſt
emancipationem viuus filius, id eſt inter viuos tantùm in patrem contule-
rit, quantum ſatis eſt ne iudicia eius inquietet. Quo etiam caſu doli exce-
ptione repellendus eſt pater ſi poſt filij mortem agere velit, non alia ratione
quàm quòd videatur ei viuus filius prouidiſſe, nec æquum ſit patrem bis
idem conſequi,hoc eſt debitam legibus portionem, licèt nullum de ea re pa-
ctum interceſſerit. Quomodo dicimus,ſi centum aureorum dominus vigin-
tiquinque alicui dediſſet, ac poſteà inſtituto eo herede legaſſet dodrantem,
nihil aliud ſub occaſione legis falcidiæ conſecuturum heredem, quia viuus
teſtator ei prouidiſſe videatur,*l.cum quo 56.§. vlt.& D.ad leg.falcid.* Nec in
filio diuerſum eſt ſi ius vetus ſpectes, & ponas filio donatum à patre quãtum
ſatis eſt ad quartam ſiue mortis cauſsâ,ſiue inter viuos quidem, ſed hac tamẽ
contemplatione vt in quartam habeatur,*arg.d.§.vlt.& l.ſi quando 35.§.& ge-*
*neraliter.*C.*de inoff.teſt.l.Papinianus* 8. §. *ſi quis mortis cauſſa.l. ſi non mortis* 25.
D.*eod.* Quæ donatoris mens in dubio præſumenda eſt quoties id quod do-
natur,ſufficit ad inofficioſi querelam excludendam. Vt quod Paulus ſcripſit
lib.3.ſent.tit.8.§.3. ea quæ mater viua donauit filio in quartam non imputari,
intelligendum ſit eo caſu quo ad quartam illa non ſufficiant. Etſi non ignoro
interpretes noſtros non aliter hoc admittere quàm ſi adiectum ſit pactum de
non ſuccedendo,vt ex communi omnium ſententia tractat *Guil. Benedict. in*
*verb.duas habens filias.num.*242. Sed mouet me quod ſcriptum eſt in *d. §.vlt.*
l.cum quo.ad leg.falcid. Idque Vlpianus ipſe in *d.§. ſi parens.*non obſcurè in-
nuit,cùm ponit tantum donaſſe filium patri quantum ſatis eſt ne iudicia eius
pater inquietet, ac proinde in hanc cauſſam ſiue expreſſa ſiue tacita volũtate,
quamuis nullo addito pacto de non ſuccedendo.Illud enim ſatis eſt donatio-
nem non eſſe ſimplicem, ſed ob cauſſam ſiue expreſſam ſiue tacitam vt in le-
gitimam imputetur.*l.quoniam nouella 29.& d.l. ſi quando.§. & generaliter.*C.
de inoffic.teſtam. Dixi *ſi ius vetus ſpectes*, quia cùm hodie ex Iuſtiniani *nouell.*
115. de qua ſuprà diximus, & ex receptiſſima noſtrorum ſententia, ſi tamen
vera illa eſt, inſtitutionis titulo relinqui legitimam neceſſe ſit,conſequens eſt
nihil prodeſſe patri vt ſecurè teſtetur quod fortè inter viuos aut mortis
cauſſa quantum ad legitimam ſatis eſt filio reliquerit, niſi eum prætereà aut

inſtituat,aut adiectâ iuſtâ cauſſâ exheredet, cùm olim ſufficeret vt exheredaret quamuis immerentem dummodo legitimam ei reliquiſſet,vt ſequenti capite dicemus.Eadémque ratio facit vt & illam Vlpiani ſententiam quæ extat in *d § ſi parens*,hodie correctam eſſe putem,poſteaquàm noſtris placuit,aſcédentibus quoque ſicut deſcendentibus relinquendam eſſe legitimam titulo inſtitutionis,& poſt ſublatas alia Iuſtiniani *nouel.conſtit.*118.*de hered.ab inteſt. venient.*differentias omnes ſuitatis & emancipationis. Nam ſicut hodie perinde ſuccedunt ab inteſtato emancipati liberi atque ſui heredes, perindéque inſtituendi ſunt,aut adiectá cauſſa exheredandi,vt teſtamentum valeat, ita & viciſſim ipſi parentes inſtituere coguntur,aut adiectâ cauſſâ exheredare. Perperam igitur acceptus eſt locus ille Vlpiani ab iis omnibus qui in ea ſpecie pactum de non ſuccedendo interueniſſe arbitrantur. Et ſanè vtroque caſu,id eſt ſiue de aſcendentium,ſiue de deſcendentium legitima tractetur, eadem vrget ratio,quæ pactum de non ſuccedendo minime valere patiatur, quòd iuri ſuccedēdi quia publicum eſt,& ex lege duodecim tabularum, priuata pactione derogari non poſſit. *l. vlt. D.de ſuis & legit.l.ius publicum* 38. D.*de pact.*

7 Nec minùs pro parentibus † quàm pro liberis faciunt aliæ etiam rationes,licèt minùs germanæ, & acceſſoriæ propter quas noſtri putant improbata eſſe pacta de non ſuccedendo.Aiunt enim eandem cauſſam eſſe dandæ quæ eſt & adimendæ hereditatis,*l.2.§.vlt.l.quod per manus* 10.*D.de iur.codicill. penultim. §.1.de condic.inſtit.l.3.§.conditio.de adim.legat.*Pacto autem non poſſe dari hereditatem.*l.hereditas* 5.*C.de pact.conuent.*quia neque id conuenit legibus, neque fieri poteſt ſine legibus. Addit *Bart.in l.ſi quis pro eo.*D.*de fideiuſſ.* prohibitum eſſe pactum de non ſuccedendo,ne quis modico præſenti contentus, vt fieri ſolet, futuræ atque opulentiſſimæ hereditati renunciet. Non ſatis rectè. Nam nec pauperior fit qui ſpem hereditatis numquam fortaſſis deferendæ omittit,*l.quod autem* 6.D.*quæ in fraud.credit. l.ſi ſponſus* 5.§.*ſi maritus* 13.*& ſeqq.D.de donat.int.vir.& vxor.l.non videntur* 82.*l.non poteſt videri* 208. *de reg.iur.* nec opulenti fideicommiſſi incertum, modico quin & nullo accepto remitti vetitum eſt,*l.1.C.de pact.l.de fideicommiſſo* 11.C.*de transact. l. quoties* 11.C.*de fideic.* Et contrà non eo magis valet pactum de non ſuccedendo quòd accepta magna quantitate,perexiguæ hereditati renuntiatum proponatur. Leges enim quæ huiuſmodi pacta improbant,ſicut indiſtinctè loquuntur,& generalem habent rationem,ita & indiſtinctè debent intelligi. Incerta ſiquidem eſt & quæ in ſingula momenta augeri vel minui poſſit futuræ hereditatis æſtimatio,cùm non niſi ex tempore mortis hereditas æſtimetur *l.* 1.*&* 2.D.*de hered. vel act. vendit.* Sed tamen etiamſi rationem hanc Bartoli pro vera probaremus, apparet non minùs eam vrgere pro parentibus quàm pro liberis,vt per pactum de non ſuccedendo à petitione legitimæ ſubmoueri nō poſſint. Quod autem obiicitur deſcendentium hereditates non deberi aſcendentibus ex voto,ſed ſóla ratione miſerationis, turbato mortalitatis ordine,

8 minùs ſanè ad rem pertinet.Nam quod ad legitimam † ſpectat,ſufficit vt eadem ratio pietatis vrgeat pro parentibus,quæ pro liberis, *d.l.nam etſi* 17. D. *de inoff.teſt.d.l.ſcripto* 7.§.*vlt.*D.*vnde lib.* Qui enim agit querela inofficioſi teſtamenti ſiue ex aſcendentibus ſit, ſiue de deſcendentibus; eo colore agit quaſi teſtator impius fuerit,adeóque furioſus & demens,qui in teſtando pietatis officia tùm maximè excolenda prætermiſerit,*l.2.*D.*de inoff.teſtam.*

ERROR

ERROR SEXTVS.

De legitima tam aſcendentibus quàm deſcendentibus inſtitutionis titulo relinquenda.

SVMMARIA.

1 Irnerius authenticarum compilator vt ab alijs notatus.

2 Legitimam ſiue aſcendentibus ſiue deſcendentibus & fratribus titulo inſtitutionis relinquendam eſſe, communis eſt interpp. & pragmat. traditio.

3 Vnde ſuperior colligatur ſententia ab interpretibus.

4 d. Traditionem ſi non à verbis Iuſtiniani, certè à ratione qua Iuſtinianũ mouit vt nouam Conſtitutionem ferret, alienam eſſe.

5 Teſtamenta in quibus inſtituitur filius in certa re aut quantitate pro legitima, non magis valere poſſunt quã ſi filius nullo modo inſtitutus eſſet, nec exheredatus, & num. 9.

6 Præteritum quem cenſeant iuris autores.

7 Non inſtitutio, ſed hereditas heredem facit.

8 Inſtitutus ex re certa, alio ex aſſe ſcriptò nec heres dici, nec pro herede haberi poteſt, ſed tantùm pro legatario.

10 Quæ exheredatio hodie requiratur ad teſtamenti ſolennitatem.

11 Vt ſecurè teſtetur hodie pater aut mater quid exigitur ſecũdùm Iuſtinianeæ conſtitutionis rationem.

12 Quando titulus inſtitutionis ſit honorabilior quàm legati.

13 Inſtitutio, ex re certa non eſt vtilior, quàm legatum, contra pragmaticos.

14 Concluſio diſputationis contra interpretes & Iuſtinianum.

REPREHENDITVR † vulgò & notatur ab interpretibus 1
ferè omnibus Irnerius authenticarum quæ per Iuſtiniani codicem
ſparſæ ſunt compilator non indiligens, quòd ſcripſerit *in
auth. nouiſſima Cod. de inoff. teſtam.* nouiſſima Iuſtiniani lege cautum
eſſe vt legitima quæ olim ſemper erat quarta portionis ab inteſtato
contingentis, hodie verò pro numero liberorum vel triens eſt vel ſemis, relinqui
poſſit quocunque titulo ſiue legati, ſiue fideicommiſſi, aut donationis
tam inter viuos quàm mortis cauſſã, aut alio quolibet relicti iure. Ex *Nouel.
8. De trient. & ſemiſſ.* Putant enim cæteri †, poſteriore Iuſtiniani conſtitutio 2
ne quæ extat in *Nouell.* 115. cui titulus eſt, *Vt cùm de appellat. cognoſc. §. aliud
quoque capitulum*, longè aliter cautum eſſe, & contra iuris veteris rationem
inductum, vt legitimam omnimodo inſtitutionis titulo relinqui neceſſe ſit,
non ſolùm ſi deſcendentibus, ſed etſi aſcẽdentibus, adeóque fratribus in ſuo
caſu, id eſt, turpi perſona inſtituta, debeatur. Hanc enim cõmunem noſtrorũ
ſentẽtiã eſſe, & vbique terrarũ receptiſſimã refert probátque *Antonius Teſ-
ſaur. deciſ. Pedemõt. 58. poſt Caſtrẽſ. in d. auth. nouiſſima. num.* 9. & alios innumeros
quibus cumulandis nõ omnes omniũ chartæ ſufficiant. Mouẽtur omnes
ex † vnius eius Nouellę 115. verbis, quæ ſanè in hãc rẽ nõ obſcurè eſſe viden- 3
tur. Cõſtituit enim Iuſtinianus eo loco vt non liceat patri, vel matri, auo, vel
auiæ, filio, aut nepotes & deinceps inferioris gradus liberos præterire, vel
exheredes in ſuo facere teſtamento, nec ſi legibus debitam portionẽ iis reliquerint
titulo legati aut fideicõmiſſi aut alio quocunque, ſed omnino cogãtur
aut eos inſtituere aut iuſtã cauſsã adiectã exheredare. Proinde nulla ſatis
iuſta ſubſiſtente cauſſa exheredationis, conſequens eſt vt non aliter valere
teſtamentum poſſit quàm ſi filius in legitima inſtitutus proponatur. Alioqui
non facilè dici poſſet quid noui ea conſtitutione Iuſtinianus induxiſſet.

Nam & olim ita ius vetus cōparatum fuiſſe certum eſt, vt quamuis legitimā quocunque titulo relinquere liceeret, inſtitui tamen filium aut exheredari neceſſe eſſet, vt teſtamentum iure factum crederetur. Non enim quæri poterat de querela inofficioſi teſtamenti ad teſtamentum reſcindendum, quin priùs conſtaret teſtamentū ipſo iure valere, ritéque & ſollenniter factū eſſe: ſiquidem rumpi reſcindíque nullomodo potuiſſet, quod nullo iure valuiſſet *l.*5.D.*de iniuſt.rupt.& irrit.fact.teſtam.* Inter cætera autē teſtamentorū ſollennia primū illud & præcipuū caput erat, De ſuis heredibus inſtituēdis aut exheredandis, *l.inter cætera* 30.*& paſſ.*D.*de liber.& poſthum.* Ego tamē nō dubito quin hæc ſentētia †licèt à pragmaticis omnibus, ſi qua vſquam alia, vt lo-
4 quuntur, canoniſata, prorſus falſa ſit, & aliena, non quidem fortaſſe à verbis Iuſtiniani quę vulgò in hanc rem creduntur apertiſſima, præſertim *in* §.*hac autem alias.*§.*cæterum dict.*.*Nouel.* 115.ſed tamen ab ea ratione quæ Iuſtinianū ipſum mouit, vt nouā ferret conſtitutionē. Itaque non tam contra interpretes hîc diſputandū nobis erit quàm contra Iuſtinianū, ſed ex ipſo Iuſtiniano coniuncta ea iuris ratione, quam & Iuſtinianus ipſe probauit. Niſi malis Iuſtinianum ſic interpretari vt id conſtituerit quod ex iuris ratione cōſtituere debuit, prefertim cùm verba non repugnent. Neque enim ea Nouella id agit Iuſtinianus vt anteriores iuris cùm veteris, tum noui leges quæ de legitima extabant abroget aut emendet, ſed illud potiùs vt nouum ius faciat quod ad ordinandi teſtamenti cauſſam ſpectet. Nam cùm iure vetere ſic obtineret, vt ſecurè teſtatus videretur pater qui filium licèt immerentem exheredaſſet, dummodò legitimā portionem ipſi quocunque titulo reliquiſſet, quemadmodum ſuperiore capite attigimus, quia & ſatisfecerat iuris ſollennitati, filio exheredato, & paternæ pietati, relicta filio quamuis exheredato legitima portione quæ inofficioſi teſtamenti querelam excludebat, Iuſtiniano durum nimis & iniquū viſum eſt, vt prætextu legitimæ portionis relictæ exheredari à patre, aut præteriri à matre impunè poſſet filius qui exheredationis cauſſam nullam admiſiſſet. Habet.n. exheredatio neſcio quam infamiæ notam ex impietatis conſcientia, quam notam pecuniario legitimę commodo aut alio quantumlibet maiore ęſtimari ſanè inuidioſum, & ijs quibus legitima debebetur inhoneſtum videbatur. Placuit itaque Iuſtiniano hactenus iuri veteri hac parte derogare, vt ad validitatē teſtamenti non ſufficiat quod olim ſufficiebat exheredatum eſſe filium à patre aut ab auo paterno, vel præteritum à matre aut ab auo materno, cuius ſicut & matris præteritio habetur pro exheredatione, ſed omnino neceſſe ſit aut inſtitui filium aut adiectā cauſſā cáque iuſta & ab heredibus probanda exheredari: Id ni factum ſit teſtamētū ipſo iure non valeat, ſed perinde nullum ſit acſi filius qui inſtitutus non eſt, nec exheredatus eſſet, tametſi legitima portio ſiue legati ſiue fideicōmiſſi, aut alio quocumque titulo ei relicta eſſe proponatur. Cui conſequens eſt vt ne ſufficere debeat, quòd legitima relicta ſit titulo inſtitutionis, ſi non præterea filius ex aliqua aſſis parte inſtitutus ſit. Certum namque eſt inſtitutū ex re certa, quoties alij, vnus pluréſve ex aſſe ſcripti ſunt, pro legatario habendum eſſe, ideóq; nec heredis iure cenſeri vllomodo poſſe *l.quoties* 13.C.*de hered.inſt.* Quid autem refert an in re certa filius inſtitutus ſit, an in legitima portione? Siquidem legitima portio res certa eſt, non ſolùm quod ad quotam attinet, quæ certa legibus conſtituta eſt, ſed etiam quod ad æſtimationem, quoniam ea portio non hereditatis quota eſt, ſed bonorum, cùm nō ponatur eius ratio niſi

niſi deducto ære alieno,quod ipſum tamen hereditatis partem cõſtituit, quia hereditas nomen iuris eſt non corporum aut ſingulorum aut vniuerſorum, *l. Papinianus* 8.*§.quarta autem*.D.*de inoffic.teſtam*. Nõ ergo ſatisfacere Iuſtiniano debuit pater,qui filium in legitima duntaxat inſtituit, quia non eo minùs verum eſt,filium hunc in legitima inſtitutum ex nulla hereditatis , id eſt hereditarij aſſis parte heredẽ eſſe.Cùm autem non ſit heres,exheredem eum aut præteritum eſſe neceſſe eſt, nam inter ſuum heredem & exheredem medium aliud nullum eſt,*l.in ſuis* 11.*de liber.& poſth*.Porrò ex Iuſtiniani conſtitutione nullius momenti eſt exheredatio quæ cauſſam nullam habet, quam nec adiectam eſſe ſufficeret,ſi non eſſet iuſta,id eſt aliqua ex iis ſolis quas eadem conſtitutio pro iuſtis haberi vult : inde igitur infero teſtamenta † ferè omnia, 5 quæ hodie fieri ſolent , & quibus inſtituitur filius in certa re aut quantitate pro omni legitimæ iure, & à reliquâ hereditate excluditur nulla exheredationis cauſſa adiecta,non magis valere poſſe quàm ſi filius hic nullomodo inſtitutus eſſet nec exheredatus. Eam ſiquidem inſtitutionem iuris ratio requirit quæ filium heredem faciat,& conſequenter quę aliquam hereditarij aſſis partem ipſi tribuat,non per quam fiat vt legatarij duntaxat loco habeatur. Alioqui dicendum eſt ius liberorum quod proculdubio Iuſtinianus auctum voluit, è contrario fuiſſe imminutum , adeóque in ea re quæ præcipui erat momenti. Neque enim credendum eſt potuiſſe olim patrem ſic teſtari vt filium in legitimę portione inſtitueret,heredem verò alium ex toto aſſe adſcriberet. Nam toto aſſe vni dato quî fieri obſecro poterat vt ex aliqua aſſis parte filius heres eſſe videretur?Cùm ergo neq; herès, neq; exheres dici poſſet, hoc vnũ ſupererat vt præteritus diceretur,nil obſtãte eo quòd in legitima eſſet inſtitutus,nõ magis quã ſi ea portio ipſi legata aut per fideicõmiſſum relicta fuiſſet. Præteritum †enim filium iuris autores interpretantur,vt pluribus locis mo- 6 nuimus,non eum cuius mentio nulla in teſtamento facta ſit, ſed qui nec inſtitutus fuit nec exheredatus,tametſi ei legatum fuerit,quin & eum qui inſtitutus eſt aut exheredatus,ſi non eo modo quo oportuit,inſtitutio vel exheredatio facta ſit.Dices fieri non poſſe vt non ſit heres qui eſt inſtitutus, ideóq; filium qui in legitima portione inſtitutus eſt , in ea quoque portione heredẽ eſſe,nec proinde quicquã de exheredatione tractari poſſe , cùm fieri nequeat vt idem ſit & heres & exheres. Et non mirum eſt quod Iuſtinianum aut potiùs Tribonianum iuris ſanè imperitiſſimum fefellit , ſi ſolam in re certa inſtitutionem ſufficere exiſtimauit.Sed reſpondeo,quod dicitur non poſſe fieri vt heres non ſit qui eſt inſtitutus, ad eum duntaxat pertinere qui in hereditate,aut quod idem eſt ex certa parte hereditatis, nõ etiã ad eum qui in re certa inſtitutus eſt. Non enim inſtitutio,†ſed hereditas ipſa ſola eſt, quæ heredem 7 facit. Ob ídque nimirum conſtitui neceſſe fuit vt heres inſtitutus in re certa pro legatario haberetur,cùm pro herede haberi non poſſet : Aliter enim poſito iure eueniret vt eiuſdem rei duo eſſent heredes , id eſt domini in ſolidũ, is ſcilicet qui ex aſſe ſcriptus eſſet , cùm in toto aſſe contineatur quicquid eſt in hereditate,itémque is qui in certa illa re eſſet inſtitutus. Non enim dici poteſt teſtatorem qui inſtituto aliquo in re certa alium heredem ſcribit ex aſſe tranſire ad dupondium,ſiue inſtitutio in re certa præcedat , ſiue ſequatur, quia tum demum fit tranſitus ad dupondium,cùm expleto primo aſſe, id eſt, aut toto aſſe completo,aut in duodecim vncias inter heredes diſtributo,inſti tuitur aliquis ex alterius aſſis parte. Nouo ſiquidem & ſecundo aſſi neceſſariò

tribuendum eſt,quod ex primo delibari amplius non poteſt. At inſtitutio in
re certa nihil habet commune cum inſtitutione ex aſſe aut ex certa aſſis par-
te,quia nunquam inſtitutus ex re certa habetur pro ſcripto ex certa parte aſ-
ſis: Ex ipſo autẽ aſſe non niſi vno illo caſu quo ſolus ſit inſtitutus,id eſt nul-
lo herede aut ex toto aſſe,aut ex aſſis parte ſcripto *l.1.§.ſi ex fundo.D.de hered.
inſtit.*vt dicemus latiùs *in errorem vltimũ Decadis ſequentis.*Nam ſi ponas Ti-
tium inſtitutum ex fundo Corneliano, Sempronium verò ex ſemiſſe heredi-
tatis, nemo ambigit quin Sempronius ſolus & ex toto aſſe heres futurus ſit,
Titius verò ex nulla parte. Cùm igitur teſtator,qui & heredẽ aliquem ex aſſe
ſcribit,& alium in re certa inſtituit,non idcirco ad dupondiũ tranſire intelli-
8 gatur,conſequẽs neceſſariò fit quod diximus vt inſtitutus † heres ex re certa,
nec heres hoc caſu dici,nec heredis loco haberi poſſit, ne alioqui eueniat in-
commodum illud & abſurdum,quod euenturum diximus, vt eiuſdem rei ra-
tione duo ſint heredes.Quòd ergo legatarij loco habendus eſt, nõ quidem ex
ſummo iure,cùm aliud ſit quem inſtitui in re certa, aliud verò ei legatum eſ-
ſe,ſed benigna iuris interpretatione ne defuncti voluntas intercidat, quæ ſe-
cundùm hanc interpretationem effectum commodè ſortiri poteſt. Obiicies
fortaſſe, Non eo minùs abſurdum illud ſequi vt eiuſdem rei duo in ſolidum
domini eſſe reperiãtur, quandoquidẽ legatum perinde rem legatã facit lega-
tarij vt hereditas,heredis res ſingulas,*l.legatum* 80.*de legat.*2. Ego verò nego
cõſecutionem.Nam quod legatum eſt,nec in hereditate, nec heredis eſſe aut
vnquam fuiſſe intelligitur,ſed recta via tranſit à teſtatore in legatarium, *l.à
Titio* 64.*D.de furt.* Legatum enim eſt delibatio hereditatis cùm ex eo quod
alioqui vniuerſum heredis foret,alicui collatum quid teſtator voluit, *l.legatũ
eſt delibatio* 116.*de legat.*1. At nõ ſimiliter quis dixerit inſtitutionẽ in re certa
alio ex aſſe ſcripto eſſe delibationem hereditatis ſi heres ex ea re ſcriptus, pro
herede habeatur. Cur enim delibes ex hereditate vt ei tribuas quem here-
dem facere velis? Imò verò neceſſe eſt vt in hereditate ſit,adeóque vt ſit he-
reditas,ſi quis heredem ea ratione fieri volet.Hoc itaque admiſſo & probato
de quo ambigi non poteſt, quòd inſtitutus ex re certa alio ex aſſe ſcripto nec
9 heres dici,nec pro herede haberi poſſit,ſed tãtùm pro legatario, infero † filiũ
qui à patre inſtitutus eſt in re certa, aut quod hac parte idẽ eſſe iam diximus,
in legitima,nihilominus præteritum dici debere,ſiue ius vetus inſpicias, ſiue
nouum & Iuſtinianeum, & conſequenter nullum & iniuſtum fuiſſe iam o-
lim, & eſſe hodie tale teſtamentum. Qui enim exheres non eſt, is ſi nec
heres ſit,proculdubio præteritus eſt,conuenitque hac in re inter ius nouum,
& vetus. Nec Iuſtiniani conſtitutio quæ omnium eorum quibus legitima
debetur auctum ius voluit in cauſſa reſtitutionis vel exheredationis, poteſt
ſibi conſtare ſi hanc admittat interpretationem, vt pro benè inſtituto hodie
habeatur, qui olim præteritus dici potuiſſet. Nam ex contrario fecit Iu-
ſtinianus vt filius immerenter exheredatus, qui olim pro ritè exheredato
habebatur, ſi modò legitimam à patre quocunque relicti titulo habuiſſet,
hodie habendus ſit pro non ritè exheredato, & conſequenter pro præte-
rito,etiamſi ſemiſſem, adeóque ſi voles dodrantem hereditatis auferat pro-
pter inſtitutionem factam in certa re cuius æſtimatio dodranti hereditatis
10 reſpondeat. Quia non quælibet exheredatio † ſufficit hodie vt olim ad im-
plendam hanc teſtamenti ſollennitatem, ſed talem eſſe neceſſe eſt quæ cauſ-
ſam expreſſam habeat, & quidem iuſtam qualis certè eſſe non poteſt exhere-
datio.

datio filij,qui de parente numquam malè meritus eſt.Igitur,vt cõcludamus,
nõ aliter hodie tſecurè teſtari poteſt pater aut mater,(ſi Iuſtinianeæ cõſtitu- 11
tionis rationem, potiùs quàm conſtitutionem ipſam ſpectes) quàm ſi filium
ex vncia aut ſemũcia aliáve maiore aut minore hereditarij aſſis portione he-
redem ſcribat: quo caſu quod legitimæ portioni deerit, ſupplebitur vtique
per condictionem ex Iuſtiniani lege ad ſupplementum, ſi non aliunde id fi-
lius habuerit à patre ſiue legati ſiue fideicommiſſi titulo aut alio quocun-
que. Poſtquam enim Iuſtinianeæ conſtitutioni in eo ſatisfactum fuit, quod
filius ex aliqua vel minima aſſis particula heres eſt, non curat Iuſtinianus
quo iure habeat ille legitimam, dummodo integram eam habeat,aut habere
poſſit. Sicut è contrario non ſatisfit rationi quæ Iuſtinianum mouit ob id
ſolùm quòd filius ſemiſſem aut dodrantem, imò & ſi voles vniuerſa defun-
cti bona habeat ex inſtitutione in re certa, ſi filius ille nec heres ſit ex inſti-
tutione facta in aſſe,aut aliqua aſſis parte,nec rurſum exheres ſcriptus, vt cõ-
tingit quoties eo ex certa re inſtituto alius ex aſſe aut ex aſſis parte inſtitutus
inuenitur. Nec me mouet quod ab interpretibus obiici video, inſtitutionis
titulum honorabiliorem eſſe quàm legati. Id enim † cùm obtinet cùm quis 12
ex inſtitutione fit heres per hereditatem, quia pleniore iure deferuntur he-
reditates quàm legata, vt ait *l.5.§.ſed etſi portio.de legat.præſt.* At iam docui-
mus filium inſtitutum heredem ex re certa nihilomagis aut heredẽ eſſe, aut
heredis loco haberi oportere: quia nec poſſet ex eo iure,id eſt,tanquam ex re
certa heres ſcriptus eam rem conſequi ſi non interpretatione fauorabili pro
legatario haberetur. Non igitur ei honorificentior eſſe poteſt titulus in-
ſtitutionis quæ non valet tanquam inſtitutio, quàm legati,cuius ſolius iure
inſtitutio defenditur: Addunt pragmatici poſt interpretes,eſſe etiam vtilio-
rem & commodiorem filio inſtitutionem ex re certa quàm legatum pro-
pter ius adcreſcendi quod habiturus eſt filius alio herede ſiue ex aſſe, ſiue ex
aſſis parte ſcripto ſe abſtinente aut repudiante. Sed nos † hanc quoque opi- 13
nionem non facilè probamus, non ob id ſolùm quòd vix ſit vt ius adcre-
ſcendi vnquam locum habeat inter eos qui ſuccedunt ex diuerſo iure, ſed
etiam quia cùm inſtitutus ex re certa iam inde ab initio legatarij loco ha-
beatur,nec caſum vllum vtilem habeat inſtitutio ex re certa quo valere poſ-
ſit iure inſtitutionis,non magis fieri poteſt vt ius adcreſcendi habeat, quàm
ſi verbis legati ei relicta res fuiſſet,vt alio loco fuſiùs oſtẽdemus. Sed etſi ita
eſſe admitterem,nihil tamẽ ex eo inferri poſſet.Quid enim ſi de iure adeun-
di nihil tractari poſſit herede ſcripto ſe immiſcente aut adeunte?Quis neget
hoc ſaltem caſu pro herede habendum nõ eſſe filium ex re certa inſtitutum?
Atqui pro exherede multò minùs,nec ſi nominatim à reliqua hereditate ex-
heredatus ſit, poſtquàm Iuſtiniano placuit vt exheredatio quæ certam cauſ-
ſam nullã expreſſam habet, pro non facta habeatur.Illud ergo † relinquitur 14
nõ ſolùm inuitis interpretibus,ſed inuito etiã Iuſtiniano,vt ſit prçteritus,fa-
ciatque nullũ & iniuſtũ teſtamentũ,tametſi ex inſtitutione illa in re certa le-
gitimã integram ac longè plus quàm legitimam ſit conſecutus. Ita fiet,vt li-
berorũ ius diminuerit Iuſtinianus cùm de eo augendo cogitauit.Fecit enim
vt hoc ſaltẽ caſu valeat teſtamentũ, in quo filius reuera præteritus eſt, quod
alioqui non valeret, cùm tamen id verum ſibi propoſitum eſſe dicat in *d.§.
caterum*,vt à parẽtibus & liberis iniuriã auferat & prçteritionis,& exhereda-
tionis. Niſi malis Iuſtinianum ſic intelligere,vt filiũ qui nõ eſt exheredatus

ita demum habeat pro inſtituto, non ſi in legitima aut alia re certa, ſed ſi in aliqua aſſis parte ſit inſtitutus, quocunque tandē titulo legitimam acceperit.

ERROR SEPTIMVS.

De querela inofficioſi teſtamenti hodie ſublata.

SVMMARIA.

1 *An & quo caſu hodie locus ſit querela inofficioſi teſtamenti.*

2 *Ex ſentētia interpretum nullo caſu hodie locum eſſe querelæ inofficioſi.*

3 *In oppoſitum autoris aſſertio.*

4 *Primus caſus quo etiam hodie neceſſarium eſt querelæ auxilium.*

5 *Secūdus caſus, quo locus eſt querelæ inofficioſi.*

MIRVM in modū & interpretes & pragmaticos exagitat illa quæ-
1 ſtio, An & quo † caſu locus hodie ſit querelę inofficioſi teſtamē-
ti. Difficile nāque videtur caſum reperire in quo Ius ei vllus eſſe
2 poſſit. Aut .n. † inquiūt, filius præteritus eſt, aut inſtitutus aut exheredatus. Si preteritus, cōſtat inter omnes & iā olim non potuiſſe valere teſtamentū, & hodie nullius momenti eſſe. Si inſtitutus, etiamſi nō niſi in nummo vno, non habet querelam, quia cogitur agere ad ſupplementum condictione ex lege Iuſtiniani in *l. omnimodo* 30. C. *de inoff. teſta.* Si denique exheredatus, vel exheredatus eſt nulla adiecta cauſa ex ijs quas Iuſtinianus iuſtas eſſe voluit, aut adiecta quidē cauſſa aliqua, ſed nō probata, & vtrouis caſu nullius planè momēti eſt exheredatio propter *Nouellā cōſtitutionē* 115. de qua proximè diximus, vt cum *de appellat. cognoſc. §. aliud quoque capitulum.* exheredatio autem quæ non ritè facta eſt pro nulla & non facta habetur, *l. nō putauit* 8. *§. non quœuis. D. de bon. poſſ. contr. tabul.* Sin cauſſa illa iuſta & à teſtatore adiecta & ab herede probata eſt, fieri certè nequit vt querelam inofficioſi teſtamenti filius habeat, qui iuſtè meritóque exheredatus eſt. Ita fit, vt nullo caſu de inofficioſo teſtamēto queri poſſe videatur. Idque magis cōmuniter pro-
3 batum eſt. Quod tamē † ne probare poſſim illud facit, quòd Iuſtinianus nullibi ſcribit ſublatam à ſe querelam inofficioſi teſtamenti. Neq; enim id prętermiſſurus erat, ſi ſuſtuliſſet, vt ſolet ille ſibi placere adeóque gloriari quoties aliquid conſtituit quod à iuris veteris ratione abhorreat. Et verò tot iura ſublata eſſe quæ extant adhuc in Pandectis & in Codice, nulla in eam rem facta conſtitutione, haud facilè, meo iudicio, credendum eſt. Caſus igitur dūtaxat quærendus eſt in quo auxilium querelæ neceſſarium videri poſſit. Puto
4 autem poſſe non vnum ſolum caſum, ſed plures reperiri: & illum † quidem inprimis ſi exheredatio facta ſit inſerta cauſſa ex iis quæ Iuſtiniano probantur, ſed quę tamen ab herede probanda ſit. Idipſum enim noua Iuſtiniani lege continetur, vt probare heres debeat cauſſam exheredationis, cùm anteà liberorum oneri incumberet, vt ſe non ingratos fuiſſe probarent *l. liberi* 28. *C. de inoffic. teſtam.* Vtique autē neceſſe eſt heredem eſſe eum qui teſtamento ſcriptus eſt priuſquam id probandi onus ipſi irrogetur, cùm neque vllā contradicendi cauſſam aliam habere poſſit is contra quem filius agit, quàm quia heres eſt: illud ergo præcedere neceſſe eſt vt teſtamentum ipſo iure valeat & ſubſiſtat, alioqui ex eo heres eſſe nemo poſſet. Quod ſi aliquando valuit, & ſubſiſtit, ex eóque adita hereditas eſt, fieri certè nequit, vt niſi eo reſciſſo & rupto locus vllus fiat filio qui exheredatus fuit. Quomodo autem niſi per

querelam

Digitized by Google

querelam inofficioſi teſtamenti reſcindi teſtamentum poterit? Nam quod ex recentioribus nonnulli comminiſcuntur nouum neſcio quod remedium à Iuſtiniano inductum ad huiuſmodi teſtamentum reſcindendum, & vt conſtitutio loquitur, euacuandum, ego quale ſit certè non intelligo: nec rurſum video quid neceſſe fuerit nouum vllum remedium induci cùm vetus ſufficeret, iam inde à prima iuriſprudentia, id eſt à prudentum interpretatione ad legem duodecim tabularum, vt ego quidem exiſtimo comparatum, querelæ ſcilicet inofficioſi teſtamenti: cuius etſi nulla ſit mentio apud Iuſtinianum tota illa conſtitutione, id tamen propterea factum videri poteſt, quòd certum ius eſſet & omnibus cognitum, nonniſi per querelam inofficioſi teſtamenti reſcindi poſſe ex cauſa exheredationis paternæ vel præteritionis maternæ teſtamentum quod ab initio conſtitiſſet. Quod enim noui iſtius remedij autores adferunt in eo differre nouum remedium à querela, quod per querelam reſcinditur teſtamentum, per nouum verò remedium euacuatur, id eſt, vt illi interpretantur, nullas ab initio vires habuiſſe intelligitur non ſolùm ſi cauſſa exheredationi nulla aut nō iuſta inſerta ſit, ſed etiamſi ea quæ inſerta eſt, non fuerit probata per heredem, prorſus ridiculum eſt. Fateor nulla inſerta cauſſa ex iis quas Iuſtinianus admiſit non valere teſtamētum ipſo iure, quaſi nulla facta exheredatione quæ non ritè facta eſt, nec ſecundùm eam formam & ſolennitatem quam Iuſtinianus præſcripſit, quia ſicut ad teſtamenti ſollennitatem omnino pertinet vt ritè exheredetur is qui non eſt inſtitutus cùm talis perſona eſt, quæ inſtitui debuit aut exheredari. Ita ad exheredationis ſolennitatem pertinet, vt hodie fiat inſerta cauſſa, eáque iuſta & legitima. Sed eo facto dico valere omnimodo teſtamentum, ſiue cauſſa illa vera ſit ſiue falſa, quoniam verum vera ſit an falſa, ad facti non ad iuris quæſtionem pertinet, & ad materiam potiùs quàm ad formam exheredationis, nec de eo diſceptari poteſt apud iudicem niſi cum herede qui eam ingratitudinis cauſſam quam teſtator expreſſit, probare cogitur, vt diximus, heres autem ſi extraneus ſit non poteſt heres eſſe ex teſtamento priuſquàm adierit, nec rurſus adire ex teſtamento quod ab initio non valuit. Vt autem teſtamentum quod ab initio valuit poſteà retrofingatur nullas vnquam vires habuiſſe fieri nullomodo poteſt, ſed neceſſariò rumpendum, & reſcindendum eſt. Ergo per querelam, cuius & ea ſemper natura fuit vt non contra lignum daretur, quomodò bonorum poſſeſſio contra tabulas *l. quod vulgo* 19. *de bonor. poſſ. contr. tabul.* ſed contra heredem, &, quod eſt conſequens adita demum hereditate. *l. Papinianus* 8. *§. vnde & ſi quis* D. *de inoff. teſtam.* Alius † caſus eſt, in quo hanc inofficioſi teſtamenti querelam etiamnum neceſſariam putarem, & quem ex interpretibus nemo obſeruauit; quoniam licet non à iuris ratione, tamen à Iuſtiniani mente alienus eſt, ideóque noua egeret conſtitutione. Nimirum nullius ex vncia aliáve hereditarij aſſis parte inſtitutus ſit quæ ad legitimam portionem non ſit ſatis, à reliqua autem hereditate nominatim, & expreſſim exheredatus, ſiue nulla, ſiue aliqua exheredationis inſerta cauſſa. Nam cùm filius ex aliqua aſſis parte inſtitutus eſt, quantulacumque tandem illa ſit, non poteſt locus eſſe nouæ conſtitutioni, quatenus prohibet illa fieri exheredationem niſi iuſta & legitima cauſſa adiecta. Siquidem eam faciendæ exheredationis formam Iuſtinianus præſcribit illo demum caſu quo filius non fuit inſtitutus. Neque enim id requirit ille vt filius & inſtituatur, & exheredetur ſimul à reliqua hereditate, ſed vt vel inſtituatur vel exheredetur. 5

Digitized by Google

MAGNAM † quod ad inofficioſi teſtamenti querelam ſpectat, pla- 1
gam iuri veteri intulit ea Iuſtiniani cõſtitutio, quæ factum eſt, vt
ſi ei cui legitima debetur minùs relictum ſit, nihilo magis poſſit
ille queri de inofficioſo t. ſtaméto quomodo olim poterat, ſed
cogatur agere ad ſupplementum, atque ita contentus eſſe legitin.a portione,
qui tamen ſi querelam exercere poſſet inteſtatum faceret patremfamilias, at-
que ita tantum ex bonis eius conſequeretur, quãtum ei ab inteſtato lex defer-
ret, ſi nullum teſtamentum factum fuiſſet. *l. omnimodo 30. C. de inof. teſt.* vbi Iu
ſtinianus ita ſe cõſtituiſſe ait ad tuẽdas & adiuuandas defunctorũ voluntates
quę tanquã dementiũ & inſanorũ reſcindebãtur anteà per querelam, tametſi
ſi ex aliqua aſſis parte inſtitutus proponeretur is cui legitima debebatur. Suf-
ficiebat enim ad inducendã querelã quòd filius ex teſtamento plenam legiti-
mã & legitimę fructus conſequi nõ poſſet, etiamſi nõ niſi minimum quid fo-
ret quod deeſſet. Vnde fiebat vt plerumq; ac facilè circumueniretur ſuprema
defuncti & ſani alioquin hominis voluntas, qui licèt eo animo fuiſſet vt
nullam filio in legitima iniuriam faceret, errore tamen lapſus in ſuo patri-
monio æſtimando paulò minus ei reliquiſſet, quàm ex legibus debuiſſet.
Id verò æquiſſimè Iuſtinianus temperans ac corrigens remediũ induxit per
quod & filio ſubueniretur ne damnum ſentiret in legitima, & defuncti fa-
mæ atque exiſtimationi parceretur, ſublata hoc caſu querela inofficioſi te-
ſtamenti, ínque locum eius ſ. bſtituta actione ad ſupplementũ legitimæ ſal-
uo teſtamento, quaſi ex ipſius teſtatoris voluntate, quem vtiq; in dubio nõ eſt
dubitandum multò libentiùs integram legitimam relicturum fuiſſe ſi quid
ei deeſſe exiſtimaſſet, quàm paſſurũ vt eo prætextu iudicia ſua tanquam de-
mentis & furioſi hominis ſubuerterentur. Propter quam cauſſam non malè
creditum † eſt actionem hanc quæ ad ſupplemẽtum legitimæ datur compete- 2
re ex teſtamento, quia licèt difficile illud videatur vt actio ex teſtamento de-
tur ad maiorem quantitatem, quàm quę teſtamento data & comprehenſa ſit,
nihil tamen vetat id omne quod debetur ex tacito præſumptóque defuncti
iudicio pro eo haberi, ac ſi teſtamento ipſo datum eſſet. Neque verò fieri vl-
lomodo poteſt, vt aliter ſentiamus, quia cùm Iuſtinianus voluerit hoc etiã ca-
ſu, quo minùs legitima relictũ eſt, ſuſtineri teſtamentum, alterutrum neceſſa-
riò fatendum eſt, aut ſupplementum illud nullomodo deberi quod lex ne-
gat, aut non niſi ex teſtamẽto deberi: ab inteſtato enim vtique non debe-
tur, cùm teſtamentum ſubſiſtat, certúmque ſit longè ampliorem portionem
ab inteſtato debitam iri quàm quæ deſit ad legitimam ſupplendam. Nam
& in eleganti illa ſpecie, de qua in *l. 3. C. de inoffic. teſtam.* ſimiliter euenit, vt
filius ex matre in puerperio defuncta editus, tametſi reuera præteritus à ma-
tre, tamen pro inſtituto habeatur, ſuccedátque ex teſtamento cum fratri-
bus in viriles, nec rumpere poſſit teſtamentum per querelam inofficioſi te-
ſtamenti, nimirum propter præſumptam matris voluntatem quam credi-
bile eſt teſtamentum mutaturam, nec minus hunc filium, quàm cæteros in-
ſtituturam fuiſſe ſi repentini caſus acerbitas mutandi teſtamenti otium ſup-
peditaſſet, vt ſcripſimus *lib. 9. Coniecturarum cap. 15.* Vnde & mihi ſemper vi-
ſus eſt *Bartolus* † à noſtris meritò reprehenſus in eo quòd actionem hanc ad 3
ſupplementum quenquennio finiri credidit exemplo querelæ inofficioſi te-
ſtamenti in cuius locum ſubrogata eſt, vt ſubrogatum, inquit, ſapiat natu-
ram eius in cuius locum ſubrogatum fuit: quam ſententiam defendit etiam

Digitized by Google

Guid. Papa quæſtione 82. Nihil enim commune habet actio ad ſupplementum cum querela inofficioſi teſtamenti, cúmque nihil ſit odioſius querela, quoniã & teſtamentum euertit, & defuncti famam lædit, nihil contrà fauorabilius eſt actione iſta, quæ ad ſupplementum datur, quia teſtamentum valere patitur, & parcit honori teſtatoris. Illa contra teſtamentum competit, hæc autem ex teſtamento. Itaque ſiue dicas ſupplementũ legitimæ peti ex teſtamento, ſiue quod non valdè diſtat, condictione ex lege Iuſtiniani (quid enim prohibet dari condictionẽ ex lege ad petendum legitimæ ſupplementũ quaſi ex teſtamento?) non poteſt ea actio perimi minore quàm triginta annorum ſpatio, qui actionũ omnium perſonaliũ & perpetuarum finis ac terminus ab Imperatoribus cõſtitutus eſt *l. ſicut* 3. *C. de præſcrip.* 30. *vel* 40. *an.* Sed
4 videtur mihi Iuſtinianus† nouæ conſtitutionis æquitatẽ quàm maximè fœdaſſe, cùm eam locum habere voluit omni caſu quo aliquid vel minimũ quãtulúcumque pro legitima relictũ eſt, etiã ſi ex verbis ipſis teſtamẽti appareat, nihil amplius teſtatorẽ ei cui legitimã debuit relictũ voluiſſe. Finge inſtitutũ à patre filiũ in vncia, aut vt ex eiuſdẽ Iuſtiniani errore fieri ſolet in aliqua rẽ certa, & prohibitũ expreſſim ne amplius quicquam petat, aut nominatim à reliqua hereditate excluſum per exheredationem. Perinde placet Iuſtiniano locum eſſe actioni ad ſupplementum acſi neque exheredatio neque prohibitio vlla teſtamento contineretur: *d. l. omnimodo. & §. hac autem aliàs §. cæterùm, Noue'l.* 115. *Vt c'm de appell. cognoſc.* Cui ſententiæ patrocinari videtur etiam alia Iuſtiniani conſtitutio in *l. quoniam in prioribus* 32 *C. de inoff. teſt.* qua factum eſt vt nullum legitimæ portioni onus & grauamẽ à teſtatore inijci poſſit, & ſi quod adiectum eſt id pro non ſcripto habeatur. In quo ſanè teſtatoris voluntatem & noui iuris æquitatẽ Iuſtinianus apertè circumuenit. Nam cùm ea conſtitutio nitatur prǽſumpta voluntate teſtatoris, quem, vt diximus veriſimile eſt per errorem magis quàm certo iudicio minus reliquiſſe ei cui fortaſſe legitimam integram à ſe relinqui putabat. Annon prorſus eſt conſequens, vt in aperta contraria teſtatoris voluntate nullus præſumtioni locus relinquatur, nullus fauori teſtamenti, aut etiam teſtatoris qui filio & legibus iniuriam facere ſine dubio voluerit? Quid verò apertius, quàm noluiſſe teſtatorẽ ſupplementum vllum ei præſtari, quem expreſſim vetuit amplius petere, & quem nominatim exheredauit? Cur autem adiuues teſtatorem & ei ſubuenire cures, qui vltrò periclitari voluit, & in leges naturámque ipſam offendere? Aut quomodo, quóue prætextu poſſis inducere, vt ex teſtamento debeatur id, quod non ſolùm prǽter verba teſtamenti, ſed contra verborum tenorem manifeſtiſſimum petatur? Cur denique iure teſtatoris liberalior ſis teſtatore, & quidem inuito? *l. debitor* 59. *D. ad S. C. Trebell.* Potuit Imperator ſanè facere pro ſua autoritate vt teſtatoris voluntas benigna interpretatione ſuppleri & adiuuari poſſet: at vt ſaluo teſtamento contra expreſſiſſima teſtamenti verba enixámque defuncti voluntatem, quid debeatur ex ipſo quoque teſtamẽto, non magis facere Iuſtinianus potuit quàm totam iuris rationem, rerúmque naturam & ordinem conturbare. Sicut & in ſpecie *d. l.* 3. *C. de inoff. teſtam.* nemo diceret filiũ editũ ex matre in puerperio defuncta ſucceſſurum fuiſſe matri ex teſtamento, ſi eum à matre conſultò præteritum eſſe conſtaret. Nec ad rem pertinet alia eiuſdem Iuſtiniani conſtitutio quæ extat in *dict. l. quoniã in prioribus*. Aliud enim eſt dicere, nullum legitimæ onus aut grauamen inijci poſſe quod Iuſtinianus ea conſtitutione

tione

tione induxit, aliud vero dicere, legitimam integram haberi pro data, quæ
tamen integra data non eſt. Alioqui poſſis eadem ratione inferre, quod ne-
mo vnquam dixit, etiamſi nihil prorſus filio pater dederit, intelligi tamen
dediſſe filio legitimam, quia non potuerit filij conditionem in legitima fa-
cere deteriorem. Et ſanè legitimam integram datam eſſe neceſſe eſt ſiue ex-
preſſa teſtatoris voluntate, ſiue tacito ipſius iudicio, quod contingit quoties
teſtamenti verba patiuntur vt legitimæ ſupplementum peti poſſit, priuſquam
locus fiat conſtitutioni Iuſtinianeæ de omni onere à legitima tollendo. Ne-
que enim legitima portio eſt, quæ integra non eſt, nõ magis quàm ſi ne vnus
quidem numus pro legitima datus eſſet. Denique vt dicam apertiùs, voluit
Iuſtinianus pro non ſcripto haberi quicquid legitimæ portionis datæ ius læ-
dere ac minuere poteſt. Sed non illud æquè voluit pro data haberi legitimam
quæ data non fuit, quia vt id fieri poſſet, pro ſcripto habendum eſſet quod
ſcriptum non eſt: imò verò contra quàm ſcriptum eſſet, quod tamen nuſquã
proditum aut admiſſum eſt. Scio aliquando contingere vt plus dictum, mi-
nùs ſcriptum inueniatur, vt in elegãti illa *l. cum auus 102. de cond. & demonſt.*
Sed non aliter id fit quàm ſi dicto ſcriptum congruat, vt idem Papinianus, cu-
ius ea lex eſt, interpretatur in *l. vnum ex familia 76. §. ſi omiſſ. de legat.* 2. Fieri
autem nequit in propoſita quæſtione vt dictum ſcripto cõgruat, id eſt, vt qui
filio in vncia tantùm, aut in exigua pecuniæ quantitate inſtituto vetuit ne
quicquam amplius peteret, aut exheredandi verbo vſus eſt in ſcriptura te-
ſtamenti, videatur dixiſſe, quòd velit legitimam integram filio ex eo teſta-
mento præſtari: eſſet enim dictum tale repugnans ſcripto, nec tam contrariũ
quàm contradictorium. Supereſt igitur, vt hoc caſu†, quo filius ſupplementũ 5
legitimæ ex teſtamento petere non poteſt propter contrariam enixam patris
voluntatem, locus eſſe debeat querelæ inofficioſi teſtamenti ad euertendũ te-
ſtamentum, vt inteſtati ſucceſſioni pro ea parte quæ ad actorem ſpectare po-
teſt, via pateat. Feréque eſt vt idem reſpondendum exiſtimem, etiamſi filio v-
nico vncia hereditatis ſimpliciter relicta ſit pro legitima quæ maior debeba-
tur, ſi nihil amplius ei legatum, aut quo alio relicti genere datũ proponatur.
Non enim videri poteſt teſtator animũ habuiſſe relinquendæ legitimæ por-
tionis, qui vnciam tantùm reliquit, niſi fortè dicas lapſum eum per errorem
cùm legitimæ portioni vnciam ſufficere exiſtimaret: ſed non niſi iuris error
ille eſſe poteſt, nec proinde iuſta eſt eius allegatio, quia in teſtamẽtis ordinã-
dis nullam error iuris habet excuſationem, ideóque optimum factu eſſet, ad-
hiberi à teſtatoribus iuriſperitos vt olim adhibebantur, ne qua per errorẽ iu-
ris difficultas emergere vnquam poſſet. Non idem eſt cùm in re certa inſtitu-
tus eſt is cui legitima debetur. Facti enim non iuris quæſtio eſt, an res illa ad
legitimam ſatis eſſe poſſit, ideóq; poteſt voluntas teſtatoris eam recipere in-
terpretationem quæ fauorabilior eſt, vt credatur teſtator nullam ei, cui legiti-
ma debetur iniuriam facere voluiſſe. Cùm autẽ loquor de filio ex certa re in-
ſtituto, pono eſſe eum etiam ex aliqua aſſis parte ſcriptum: Alioqui haberem
eum pro præterito, & pro legatario, vt à nobis ſuprà diſputatum eſt: itaq; nihil
referre arbitror an inſtitutionis ſingularis, an legati iure aliquid à teſtatore
acceperit, vtroq. n. caſu ſi neque heres, neq; exheres ſcriptus ſit, teſtamentum
non valet, ob idq; nec de querela inofficioſi teſtamẽti, nec de actione ad ſup-
plemẽtũ, ſecũdũ iuris rationem tractari poteſt. Si verò heres ex vncia vel alia
aſſis parte ſcriptus fuerit, dico nõ ſolùm valere teſtamẽtũ, ſed etiam ita vale-

re vt per querelam inofficioſi non poſſit reſcindi, niſi eo demum caſu quo teſtator expreſſim prohibuerit, ne quid amplius peteretur, aut, quod idem eſt, quo à reliqua hereditate exheredauerit eum cui legitima integra debebatur. Tunc enim ceſſante(vt ego quidem cõtra Iuſtinianũ arbitror)actione ad ſupplementũ, querelã neceſſariam eſſe dicerem ad fraudẽ, quam in legitima facere teſtator voluit, vindicandam, ſi nouæ legis condendæ ius haberem.

ERROR NONVS.

Si is cui minus legitima datum eſt cum onere nibil amplius petendi, relictum agnouerit.

SVMMARIA.

1 *Is cui minus legitima datum eſt cum onere nihil amplius petendi licet relictum agnouerit ex ſententia pragmat. poterit agere ad ſupplementum legitimæ.*

2 *In caſu propoſito non poſſe agi ad ſupplementum legitimæ contra pragmaticos.*

3 *Sed poſſe proponi querelam inofficioſi teſtamenti.*

IAM ſatis ex præcedentibus intelligi poteſt, quid nos hoc capite tractandum probãdúmq; ſuſcipiamus. Id nimirum quod iam attigimus, ſi pater filio ritè inſtituto reliquerit minus quã pro legitima portione relinquere debuerit, hac lege expreſſim adiecta, ne quid amplius petere filius poſſet, nõ eſſe filiũ audiendum ſi condictione ex lege Iuſtiniani agere velit ad ſupplementum, ſed vnũ illud conſilium ei ſupereſſe querelæ inofficioſi teſtamenti, ideóq; ſi relictum agnouerit ſimpliciter, & ſine proteſtatione, poſteà verò de inofficioſo queri velit, repelli debere propter adprobatam à ſe defuncti volũtatem. In quo non tan-
1 tùm à pragmaticis, ſed etiam ab interpretibus diſſidemus. Illi.n. exiſtimant in propoſita ſpecie nullius omnino momenti eſſe adiectionem illã per quam filius quicquam amplius petere prohibitus eſt: indéq; inferunt perinde poſſe filium agere ad ſupplementum acſi clauſula illa adiecta non fuiſſet. Et conſequenter non magis ſibi cum nocere cùm ſimpliciter agnoſcit quod ſibi relictũ eſt quominus poſſit petere quod legitimę portioni deeſt, quàm ſi ſimpliciter id relictum eſſet: quo caſu expreſſa eſt Iuſtiniani conſtitutio nudã relicti agnitionem non nocere *l. ſi quando* 35. *§. & generaliter. C. de inof. teſt.* Mouentur, quòd ex alia Iuſtiniani conſtitutione in *l. quoniam in prioribus. eod.* factum ſit vt legitima portio nullũ poſſit onus recipere, nullum grauamen, ſiue diei, ſiue condicionis, ſiue aliud denique quodlibet. Quaſi verò legitimæ adſcriptũ onus illud ſit, vt ea quantitate quæ filio pro legitima longè minor relicta eſt, cõtentus eſſe filius cogatur, nec quicquam prætereà petere poſſit. Ego verò in
2 contrariũ ex eo moueor, quòd ea Iuſtiniani lex, qua nituntur, non ſic accipi poteſt vt qui partẽ legitimæ reliquit, totã & integram legitimã reliquiſſe videatur (in hanc enim rem iam lata fuerat *l. omnimodo eo. tit.* quæ tamen locum non poteſt habere niſi in obſcura teſtatoris voluntate, vt proximè diſputaui-
3 mus) ſed hunc ſenſum habet vt eam quantitatẽ, quæ pro legitima datur, purè & ſine onere vllo præſtari oporteat, quia purè & omnimodo debetur. Atqui onus illud teſtamento adſcriptũ, vt filius cui aliquid pro legitima relictũ eſt, nibil

nihil prætereà petere poſſit,non legitimæ onus eſt,ſed perſonę,quia nec legitima portio vlla eſt quandiu nō eſt integra,cùm lex legibus integra & ad vnū vſque numum certa debeatur.Priùs autem legitimam eſſe & cōſtitui neceſſe eſt,quàm de legitimæ onere tractetur.Denique,quod nec interpretes, nec pragmatici obſeruāt,nullo caſu lex dat legitimā filio,ſed eam per patrē dari vult, niſi cùm eadē lex bona patri adimit,atq;ita impedit ne legitimam filio dare ille poſſit,vt in *l.vlt.*D.*de bon.damn.*Itaque dicitur portio ex legibus debita ſcilicetà patre non legibus data.In eóque differt legitima,de qua tractamus,à quarta illa,quam ex Pij conſtitutione dari neceſſe eſt filio adrogato In bonis adrogatoris *l.ſi adrogator* 22.*De adopt.*Illa enim nō à patre ſed à Pio datur,& æs alienum verè eſt.Non autē valdè diſtat is qui pro legitima trecentorum relinquit centū ea lege,vti ne quicquam amplius petatur ab illo qui profitetur nullā ſe legitimā velle relinquere,aut qui nihil omnino pro legitima relinquit:quod euenire poteſt etiam inſtituto filio ex aliqua aſſis parte, vt pùta ſi is qui habebat quadringinta in bonis cùm centū deberet, inſtituerit filiū ex quadrante, ita tamen vt ad eum totius æris alieni onus pertineret. Sic enim fit vt neque ſe præteritū dicere hic filius poſſit qui ex quadrante inſtitutus eſt,neque tamē legitimā habeat qui quantū eſt in portione hereditaria,tantundē æris alieni cauſſa exſoluere cogatur.Proinde verū eſt nullā huic filio legitimā relictam eſſe,nec omnino quicquam pro legitima,& cōſequēter non poſſe locū fieri cōſtitutioni,quæ cū cui aliquid minùs legitima relictū eſt,vult agere ad ſupplementū.Nam ne quidē intellectu perc ipi poteſt vt ad ſupplementū agat is,cui nihil relictū eſt,aut qui ex aliqua aſſis parte ſic inſtitutus fuit,vt nec nummū vnum ex inſtitutione cōſequi vnquā potuerit.Etſi poſterius hoc paulò difficilius eſt,quia neque as,neq; pars vlla aſſis per æs alienū minuitur,cùm ſit nomē iuris.Sed tamen nō eſt conſequens vt cui pars aliqua aſſis relicta eſt ei legitima vlla relicta videatur,quandoquidē legitima in emolumēto &cōmodo,nō in iure cōſiſtit.Nos autē de legitimæ ſupplemēto tractamus.Ergo quēadmodū nulla Iuſtiniani lege factū eſt,quominus queri de inofficioſo poſſit is cui nihil omnino relictū eſt,ſed ei tantùm adépta eſt querēdi facultas qui ex veriſimili teſtātis volūtate agere poteſt ad ſupplemētū quaſi ex teſtamēto.Ita fatēdū eſt,meo iudicio,eū cui teſtator nō ſolùm minùs dedit quàm dare deberet, ſed ea lege etiam dedit ne quid ampliùs petere poſſet, id eſt eo animo,vt fraudē faceret in legitima,*ius habere proponēda querela de inofficioſo teſtamento,nec poſſe ad ſupplementum agere* cōtra teſtantis expreſſam voluntatem,licèt aliter Iuſtiniano ipſi viſum eſſe non ignorē:vt ſuperiore capite à nobis tractatū eſt. Neque enim potuit Iuſtinianus fauere ei qui vltrò iniuriam legibus inferre voluerit,numquam enim teſtatore liberalior lex eſſe aut poteſt aut debet *l.debitor* 19.*ad fin.principij* D.*ad S.C. Treb.* ſed ei demùm de cuius pia erga filium voluntate bene ſuſpicari verbis teſtamenti non refragantibus,& liceret & oporteret.Hoc verò ſi ita eſt, planè fit conſequens quod volumus,vt filius qui patris iudicium licèt impium & iniquum ſemel agnouit,ſummoueatur à querela,quamuis ſi ad ſupplementū agere aliquando potuiſſet,ab ea ſupplementi petitione non idcirco ſubmoueretur.Quo enim vtilior & commodior eſt filio querela inofficioſi teſtamenti,quàm actio ad ſupplementum, eo faciliùs illam amittit quàm hanc, quia & illa longè odioſior,hæc multò fauorabilior eſt.

EERROR DECIMVS.

De ſupplemento legitimæ in pecunia petendo, cùm iam aliquid viuo patre pro legitima in pecunia acceptum eſt.

SVMMARIA.

1 *Ex communi ſententia pragmaticorum ſupplementum legitimæ in pecunia petendum eſt, cùm iam aliquid viuo patre in pecunia acceptum eſt pro legitima.*

2 *In ſuperiori aſſertione errare pragmaticos.*

3 *Viuo patre nulla debetur legitima.*

4 *Nulla interueniente renunciatione ſola dotis perceptio non excludit filiam, quominus mortuo patre legitimam petere queat: ita tamen vt dotem cogatur imputare.*

5 *Idem iuris ſi interuenerit filiæ non iurata renuntiatio.*

6 *Quid iuris ſit vbi acceſſit renunciatio iurata.*

7 *Quo caſu cogatur filia legitimæ ſupplementum accipere in pecunia numerata.*

OCCVRRIT quotidie hæc quæſtio, ſi tamen in ea re quæ inter-
pretum & pragmaticorum omnium vnanimi conſenſu receptiſſi-
1 ma eſt locus vllus quæſtioni relictus videri poteſt. Omnes e-
nim† clamant filiam cui aliquid pro legitima datum ſit in pecu-
nia viuo patre,(ſolent verò dotes quæ à parentibus dantur, vt plurimum eſſe
pecuniariæ) ſi non integram legitimam conſecuta ſit, & defuncto quandoque
patre ad ſupplementum agere velit, cogendam eſſe ſupplementum illud pete-
re in pecunia, nec audiendam ſi petat in corporibus bonorum: quoniam, in-
quiunt, ſupplementum non poteſt non eiuſdem naturæ & conditionis eſſe,
cuius eſt idipſum quod ſuppleri debet, ne vna eadémque res diuerſo iure,
diuerſáque forma cenſeatur. Atqui legitima quæ ſupplenda eſt cœpit eſſe
pecuniaria, quoties pecunia pro omni legitimæ iure, vt ſit, data eſt. Pecunia-
rium igitur ſupplementum quoque eſſe neceſſe eſt. Atque ita ratiocina-
2 tur & concludit poſt alios *Guid. Pap. in quæſt.* Errant† verò, ſi non ego fallor,
euidentiſſimè. Erroris autē occaſio inde proficiſcitur quòd pro certo & con-
ſtanti habent, poſſe fieri ex patris filijque voluntate, vt viuus pater legitimam
det filio, nec aliam rationē conſtituunt eius quantitatis, quæ in dotē aliámve
quamlibet cauſſam data ſit pro legitima abs viuo patre, & illius quam patris
iam defuncti heres filio ſoluerit eo tempore quo de legitima tanquam verè
debita tractari, eáque ſolui poteſt. Quam ſententiam falſiſſimam, & ab omni
iuris ratione alienam eſſe probauimus iam ſæpiùs in ſuperioribus, præſertim
cap. 4. & 5. Decadis proximè præced. Cùm enim legitima nihil aliud ſit quàm
pars quædam portionis ab inteſtato cōtingentis, nō magis fieri poteſt vt legi-
3 tima† vlla debeatur viuo patre, at ne quidē intellectu percipi poſſit, quàm vt
de viuentis patris ſucceſſione & hereditate quæ nulla ſanè eſt tractetur l. 1. D. *de
here. vel act. vend. l. 5. ſi cū impubere.* D. *de coll. bono.* Ergo aut ponimus filiā quæ
dotē pecuniariā accepit pro legitima renuntiaſſe paternæ ſucceſſioni adeó-
que legitimæ portioni, aut non renuntiaſſe. Si renuntiauit, aut adhibito
4 iureiurando renuntiaſſe aut ſine iureiurando. Nulla interueniente† renuntia-
tione, omnes fatentur ſolam dotis perceptionem non excludere filiam, quo
minùs mortuo patre legitimam petere poſſit, ſed hactenus duntaxat filiam
obligari, vt dotem quam accepit in legitimam imputare debeat ex *l. quoniam*

nouella

nouella 29.*C.de inoff.teſt.* Dico autem poſſe eam petere legitimam non legiti-
mæ ſupplementum, quia cùm legitimę petitio integra maneat ſalua dotis ac-
ceptæ imputatione nihil eſt quod de ſupplemento tractari poſſit. Supplemen-
to enim tunc demum locus eſt, cùm iam pars aliqua legitimæ ſoluta eſt. Pars
verò legitimæ ſolui non priùs potuit quàm aliqua eſſet legitima, nec rurſu
aliqua, vt diximus, legitima deberi aut conſtitui in bonis patris viuentis. Nec
quod accepta dos pecuniaria in legitimam portionem imputanda eſt, facere
debet vt idcirco pars legitimæ aliqua iam ſoluta videatur. Nã neque de dote
in legitimam imputanda antè quæri oportet, quàm de ponenda legitimæ
ratione agatur, quæ tamen niſi defuncto patrefamilias poni nullomodo po-
teſt: neque ſolutio facta priuſquàm legitima deberetur poteſt in legitimæ ſo-
lutionem cedere, licèt tantò minùs filiæ debeatur mortuo patre, non propter
ſolutionem, ſed propter imputationem: quæ quandiu facta non fuit, verum
eſt legitimam integram & deberi & peti poſſe. Fit enim illa imputatio non
ipſo iure, ſicut nec ipſo iure dos petitur aut ſoluitur, ſed petente eo ad cuius-
onus pertinet, vt legitimam ſoluat, in eóque differt ſolutio iam facta ab im-
putatione facienda, quòd qui factam ſolutionem allegat, cõtendit iam ſe tan-
tò minùs debere: ſiquidem ſolutione tollitur omnis obligatio: Qui verò al-
legat imputationẽ faciendam, fatetur è contrario ſe adhuc totum debere, ſed
vt minùs mox debeat vult fieri imputationẽ. Denique imputatiò faciẽda ce-
dit quidẽ loco & vice ſolutionis, ſed faciendæ non iã factæ quemadmodum &
imputatio iam facta cedit loco iam factæ ſolutionis. Et verò cùm interpretes
& pragmatici omnes conſentiant deberi legitimam filiæ non in pecunia, ſed
in corporibus bonorum, quia certa quota eſt & quidem bonorum non here-
ditatis, quomodo fieri obſecro poteſt vt pars aliqua legitimæ ſoluta videatur
ob dotis pecuniarię ſolutionem eo tempore factam, quo nulladũ legitima de-
bebatur? Fateor poſſe aliud pro alio ſolui volenti creditori: ſed hoc contendo
neceſſe omnino eſſe vt creditor iam tum ſit is cui ſoluitur, nec fieri poſſe vt
aliud pro alio nondum debito, licèt poſteà debendo ſolutum volenti, pariat
liberationem, quia nec ſi idipſum quod debitum iri ſperatur ſolueretur, con-
tingeret tamen liberatio, ſi non in diem certam ſed in incertam debitum fuit;
quale illud eſt quod legitimæ debitum appellatur. Debetur. n. in diem mortis
patris qui dies incertus eſt *l. ſtipulatio iſta 38.§.inter incertam.de ver.oblig.l.qui
promiſit 48.de cond.indeb.* iunct. *l.dies incertus 75.de condic.& demonſt. l.Statius
Florus 48.§.Cornelio Felici.*D.*de iur. fiſc.* Quod ſi ita eſt, vt nõ minus tota le-
gitima defuncto patre debita dici debeat, quòd pecuniaria dos à viuo patre
accepta in legitimã imputanda ſit, illud ſanè fit conſequens vt de ſupplenda
legitima tractãdum nihil ſit, ſed de ea ſoluẽda ſiue per numerationem aut di-
uiſionẽ & traditionẽ ea ſolutio tota fiat, ſiue ex parte per imputationẽ. Pro-
inde negari nõ poteſt, quin hoc faltem caſu ſatisfieri filiæ oporteat in corpo-
ribus bonorum, acſi nulla dos aut non in pecunia eſſet data, quando & ſic Iu-
ſtinianus expreſſim conſtituit, vt legitimæ repletionẽ quomodo ille vocat in
corporibus rerũ hereditariarum fieri neceſſe ſit, *l. ſcimus 36.§.repletionẽ.* C.*de
inof.teſt.* Porrò non aliud dicendum eſt ſi ad dotis† pecuniariæ perceptionem 5
acceſſerit non iurata filiæ renuntiatio. Nemo enim eſt qui non fateatur re-
nunciationes iſtas non valere, vtpote iure ciuili prorſus improbatas, pontifi-
cio verò non aliter admiſſas quàm ſi iuriſiurandi vinculo & religione ſuſti-
neantur *cap.quamuis pactum.de pact.in* 6. Solus igitur caſus† ille dubitationem 6

admittere poteſt, quo legitimæ renunciatio facta per filiam in pecunia dotatam iurata proponatur, & ſubinde reſciſſa per in integrum reſtitutionem ex cauſſa immodicæ læſionis, vel alia qualibet. Nam quandiu tenet renunciatio per quam filia ſit excluſa penitus à petitione non modò hereditariæ ſucceſſionis, ſed etiam legitimæ portionis, ſicuti de legitima quæſtio nulla ſupereſſe poteſt, ita nec de legitimæ ſupplemento. Quid enim aliud eſt ſupplementum legitimæ, quàm ipſa legitima? Atqui poſt reſciſſam renunciationem & impetratam ex ea cauſſa abſolutionem à vinculo iuriſiurandi, conſtat in eum ſtatum rem deduci in quo eſſet ſi nulla vnquam renunciatio facta fuiſſet. Id enim proprium & naturale ius eſt omnium in integrum reſtitutionum. *l. quòd ſi minor. 24. §. reſtitutio. D. de minor.* Ergo nec hoc quidem caſu legitimæ ſupplementum in pecunia accipere filia cogetur, quia non iam ſupplementum legitimæ, ſed tota ipſa legitima debetur, ſalua dotis in legitimam imputandæ neceſſitate, quemadmodum & ſuperioribus caſibus euenire diximus, id eſt cùm aut nulla interceſſit renunciatio, aut renunciationi vinculum iuriſiurandi non acceſſit. Nam ſi obiicias non fuiſſe reſciſſam renunciationem, neq; verò potuiſſe reſcindi ex cauſa immodicæ læſionis niſi defuncto iam patre, & conſequenter negari non poſſe quin filia etiam poſt mortem patris legitimã habuerit & quidem in pecunia, cùm pecuniaria dos eſt quæ pro legitima data fuit, idque ſuperioribus caſibus diuerſum eſſe: Reſpondebo errare te qui exiſtimes reſciſſa renunciatione habendam eſſe rationem aliquam renunciationis in id vſque tempus, quo reſciſſa fuerit. Id enim falſum eſt, cùm è contraio idem rerũ omnium ſtatus eſſe debeat qui eſſet nulla vnquam facta renunciatione, poteſtate ſiquidem reſtitutionis tollente vim & effectum adeóque intellectum renunciationis. At ſi nulla facta fuiſſet renunciatio, verũ eſſet nullo tempore filiam habuiſſe legitimam portionem, tametſi dotem à patre ſiue in pecunia ſiue in corporibus pro legitima accepiſſet: ideóque legitima tota in corporibus bonorum peti poſſet ſalua dotis imputatione, quia non de ſupplemento legitimæ, ſed de tota ipſa legitima quæreretur, vt diximus. Idem ergo admittendum eſt, etiamſi renunciatio aliqua licèt iurata & valida præceſſerit, ſi modò poſteà reſciſſa ſit per reſtitutionem. Sed etſi poneres ſubſiſtente renunciatione iurata poſſe locum eſſe quæſtioni de ſupplemento legitimæ, quomodo putant interpretes & pragmatici plerique eo caſu quo patris facultates auctæ ſint à tempore renunciationis, quaſi de iis bonis quæ ſuperuenerunt cògitatum non fuerit tùm cùm renunciatum eſt, iuſiurandum aut nõ debeat protrahi ad incogitata, nihilominùs idẽ adhuc iuris eſſe defendam: quia vt iã ſæpe ac ſæpius inculcauimus, ſemperq; memoria repetendũ eſt, renũciationes huiuſmodi quantũlibet iuratæ tacitè, eámq; neceſſariã & inſeparabilẽ habẽt conditionẽ, ſi hereditas aut legitima portio cui renuntiatum eſt deferetur, quandoquidẽ nec fieri nec intellectu quoq; ipſo vllomodo percipi poteſt vt excluſio præcedat delationẽ, & vt renunciatio valere poſſit eius iuris quod necdũ delatũ eſt nec vnquã fortaſſe deferetur. Quid enim ſi filia quæ ſtipulãte patre renũciauit, ante patrẽ deceſſerit? An nõ morte priùs quàm renũciatione excluſa intelligetur? Semel verò excluſa per mortẽ, fierine poteſt, vt patre poſteà moriẽte excludatur iterum illa per renunciationem? Minimè verò. *l. ſi ita ſcriptum 13. §. vlt. l. Gallus 39. §. in omnibus. de liber. & poſth.* Illud namque obſeruandum eſt quod & interpretes fatentur poſt *Bart. ad l. 1. & ad l. is poteſt 18. de acquir. hered.* iſtis renuntiationibus non tam ſpem futuræ hereditatis

reditatis aut legitimæ portionis, quàm hereditatem ipſam aut legitimã portionẽ ceſſam remiſſamque intelligi, vnde & illud euenit vt reſcindi poſſint ex cauſſa immodicæ læſionis, quod fieri non poſſet ſi ſolius ſpei quæ ſemper prorſus incerta eſt, ceſſio & renuntiatio facta videretur. Itaq; tametſi renuntiationis ſtipulatio quæ fit à viuo patre præcedat delationẽ quam lex nõ niſi mortuo patre facere & ſolet & poteſt, non priùs tamen vires ſuas exerit, vllúmve effectum habet quàm delatio fiat, eodémque ipſo inſtanti quo delatio fit per legem, id eſt, ſtatim atque pater mortuus eſt nullo intermedio inſtãti, ſuccedit poteſtas renunciationis ad filiam excludendam, arg. *l. Stichum* 8. §. *ſi quis ita. & l. quoties* 14. *D. de nouat. l. ſub conditione* 16. *D. de ſolut.* Igitur dotis ſolutio quæ à patre viuo facta eſt pro legitimã ad extorquendã à filia renunciationem, non poteſt facere vt filia legitimã à patre viuo habuiſſe exiſtimetur: Nec rurſus vt pars aliqua legitimæ poſt mortem patris ſoluta eſſe, aut ad filiã perueniſſe videatur: quia cùm dos à viuo patre promiſſa, & tam ex promiſſione quàm ex paterno officio debita fuerit priùs quàm ſolueretur, non aliud videri poteſt ſolutum quàm quod debebatur, id eſt, dos ipſa quæ iam tum deberi cœperat, nõ etiam legitima quam viuus pater nec debuit, nec tametſi voluiſſet, debere vnquã potuit quamdiu vixit: Ac proinde non debet ea ſolutio facere vt defuncto patre pars aliqua legitimæ ſoluta dici poſſit. Etſi enim non ignoro poſſe vnicã ſolutionẽ & numerationẽ proficere in plures cauſſas, & ad plures diuerſæ ſpeciei obligationes tollẽdas, *l. in numerationibus D. de ſolut.* Id tamẽ tunc rectè dicitur cùm ſolutionis & numerationis tẽpore vtraq; cauſſa ſubeſt in quã proficere poſſit ſolutio, vt eueniret in propoſito ſi quemadmodũ dos ita & legitima à viuo patre deberetur, iure ſcilicet ſic cõſtituto, vti cõſtitutũ eſt, vt dos in legitimã debeat imputari: Nã & id euenit ſi ponas ab herede patris ſolutã eſſe pro filia dotẽ pro legitima quã in bonis patris habere filia poſſet, quia ſcilicet iã tũ eo tẽpore nata legitimę petitio eſt, nec minùs legitima, quàm dos ipſa deberi cœpit. At cùm dos à patre ipſo ſoluta eſt licèt in eã expreſſim cauſſã vt legitimæ loco cederet, aut, quod nõ valdè diſtat, vt in legitimã imputaretur, verũ eſt factã fuiſſe ſolutionẽ eo tẽpore quo nulla dũ legitima debebatur, nec poterat deberi. Nõ igitur fieri potuit vt ea dotis ſolutio proficeret ad futurã legitimæ obligationẽ extinguendã. Nec quòd filia tamẽ perinde à legitimæ petitione repellatur ac ſi legitimã accepiſſet, mouere nos debet. Repellitur. n. nõ propter ſolutionẽ, id eſt, quaſi ſolutione iã facta legitimę hoc ipſo quòd ſoluta eſt dos quæ in legitimã imputãda eſt, ſed propter renũciationẽ, vt ex eo apparet quòd ſi renũciatio nulla facta eſſet nõ repelleretur, & è cõtrario facta renuntiatione citra vllã dotis perceptionẽ & ſolutionem, nihilomagis ad legitimæ petitionem admitteretur, propter autoritatem ſcilicet renũciationis: ſi verũ eſt quod noſtris placet pontificiã conſtitutionem ad eas quoq; renunciationes pertinere quæ nullo accepto factę ſunt. Quã ſententiã etſi nos in pręcedentibus refutauimus, proptereà quòd aduerſus renunciationem ſine cauſſa factam danda ſit exceptio doli cuius æquitas impedire debeat poteſtatem iuriſiurandi, poteſt tamẽ facilè fieri vt renunciatio futurę ſucceſſionis & legitimæ portionis iuſtam aliquã cauſã habeat, nec idcirco ſolutio vlla facta ſit propter quã videri poſſit aliqua ex parte ſublata legitimæ obligatio: Finge aliquid à patre donatum filiæ inter viuos ſine onere imputationis, & nulla facta legitimæ mentione, ad extorquendã tamen futurę renunciationẽ ne legitimã ipſam petere aliquan-

do poſſit. Valebit vtique renuntiatio, quia cauſſam habet, nec legitimā petere vnquam filia poterit, & tamen nihil eſt ex quo poſſit argui legitimæ partem ſolutam eſſe vllam. Non ergo valet conſecutio, ſi ex eo quod ſi ia quæ iurato renunciauit excluſa eſt à legitima, inferre quis velit legitimam eſſe ſolutam aut haberi pro ſoluta ſiue viuo ſiue mortuo patre agatur de legitima ex iis bonis præſtanda, de quibus non fuit cogitatum tempore renunciationis. Quin potiùs dicendum eſt cùm ob renunciationem legitima nulla penitus debeatur in iis bonis quæ renunciationis tempore patris fuerunt, eam quæ nunc petitur ex facultatibus poſteà acquiſitis, legitimam totam eſſe quantacunque debetur, non legitimæ ſupplementum. Cuiuſnam enim legitimæ ſupplementum eſſet, cùm neque alia legitima vlla, neque aliud quicquam pro legitima vel debitum anteà fuerit, vel nunc debeatur? idque ſiue dos quæ renunciationem expreſſit, data ſit pro legitima, aut quod idem eſt, nulla imputationis mentione facta, ſiue illa etiam ſi voles lege, vt in legitimam dos non imputetur. Nihil enim patris intereſt an dos in legitimam imputanda ſit néc ne, quoties à futuræ legitimæ petitione filia per renunciationem ſubmouetur. Imò implicat contradictionem vt de dote in legitimam imputanda conueniat, eo caſu quo id agitur, per pactum de non ſuccedendo vt à legitimæ quandoque petendæ iure filia excludatur. Quamquam ſi verum amamus fieri certè nullomodo poteſt vt filia quæ futuræ ſucceſſioni & legitimę portioni vtiliter renunciauit, id eſt, adhibito iureiurando, ſaluam habere poſſit aut legitimæ aut ſupplementi petitionem, propter auctas ex poſtfacto patris facultates, niſi reſciſſa priùs renunciatione: quoniam cùm renunciatio ſiue hereditatis futuræ, ſiue legitimæ portionis neceſſariò referenda ſit ad tempus illud, in quo de hereditate aut legitima portione tractari demum poteſt, id eſt, ad tempus mortis patris, & proinde eo ipſo inſtāti in quod confertur facta intelligi debeat, *l. quod ſpōſæ 4. C. de donat. ant. nupt. l. in fuga 6. C. ad leg. falc. de plagiar. l. in tempus 62. de cōdic. & demonſtr. l. eum qui poſt 104. de condic. & demonſtr.* Non video qua ratione aut qua fronte poſſit dicere filia quæ renunciauit ſe non cogitaſſe de bonis quæ pater à die renunciationis in diem vſque mortis eſſet acquiſiturus. Plane eadem ratio facit vt eorū quoque bonorum quæ medio tempore acquiſita ſunt quantitas inſpicienda ſit in æſtimanda legitima ſi fortè filia mortuo patre volet in integrum reſtitui aduerſus renunciationem ex cauſſa immodicæ lęſionis, vt probauimus *decade ſuper cap. 5.* Sed quæ ratio præbet filiæ materiam reſtitutionis ob lęſionem immodicam, eadem repellere filiam debet tam à legitima quàm à legitimæ ſupplemēto ſi agat nō reſciſſa renūciatione. Nullóne igitur caſu poterit cogi filia vt legitimę ſupplementū accipiat in pecunia numerata nō in corporibus bonorum? Vno, aut altero. Si fortè pater legauerit filię, aut, vt loquimur, ei reliquerit titulo inſtitutionis certā pecunię quantitatem ſimpliciter nec adiecta prohibitione ne quid prętereà petere poſſit. Nā ſi filia relictū agnouerit ſimpliciter, adeóq; apochā cōſcripſerit, ſaluā nihilominus habet petitionē ſupplemēti, *d. l. ſi quādo. §. & generaliter. C. de inoff. teſtam.* Itē ſi filia quæ dotē in pecunia habuit, poſt mortē patris aliquā dotis partē in pecunia ab herede patris acceperit: his enim caſibus verū eſt legitimā in pecunia ſolui cœptā eſſe, potéſtq; locum habere ratio illa interpretū & pragmaticorū, ſupplementum eiuſdē naturę, cōditionis, & formę eſſe debere, cuius & id cuius ſupplementū eſt. Quanquā Iuſtinianus *in d. §. repletionē*, vbi conſtituit vt repletio legitimę

fiat

fiat in corporibus bonorum, nō diſtinguit an legitima in corporibus bonorum an in pecunia numerata ſolui cœperit. Qua de cauſſa nec valde, meo iudicio, à Iuſtinani mente is aberrauerit qui dixerit indiſtinctè & generaliter, in corporibus bonorum non in pecunia repletionem fieri debere. Præſertim cùm nulla in eo fiat iniuria heredi, interſit autem quàm maximè filiæ vt ex corporibus rerum paternarum aliquid habeat potiùs quàm pecuniā. De quo dicemus latiùs in *errorem ſecundum Decadis ſequentis*. Sanè inſpecto iure vetere non puto idem dici poſſe. Satis enim erat olim ad excludendam querelam inofficioſi teſtamenti, quòd quarta pars bonorū, id eſt ſubſtantiæ defuncti ad eum perueniſſet cui legitima debebatur, ſiue in corporibus, ſiue in pecunia, aut qua alia ratione quartam illam habuiſſet, vt ex eo colligi poteſt quod poterat cogi vt & quartam & quartæ fructus ſibi conficeret ex fructibus hereditatis quam alij reſtituere rogatus eſſet, *l. Papinianus* 8. *§. vnde & ſi quis. de inoff. teſtam. l. mulier* 22. *§. cùm proponeretur. D. ad SC. Trebell. l. iubemus* 6. *C. eod.* quod non ſimiliter hodie obtinet, poſtquam placuit legitimam in corporibus bonorum dandam eſſe. Conſequens enim eſt vt ex fructibus confici nunquam poſſit, quomodo conficitur Trebellianica extra liberos primi gradus, *l. in fideicommiſſaria* 18. *D. ad SC. Trebell. iunct. d. l. iubemus.*

ANTONII FABRI IC

DECAS DECIMAQVINTA.

ERROR PRIMVS.

Si certa pecunia quantitas in diem certum ſoluenda teſtamento data ſit pro legitima.

SVMMARIA.

1 Si certa pecunia quantitas in diem certum ſoluenda teſtamento data ſit pro legitima, an ante illum diem peti poſſit.

2 Pragmaticorum ſententia affirmans.

3 In oppoſitum autoris diſſertatio 1 & ſeqq.

4 In caſu ſuprà propoſito poſſe legitimarium abiicere voluntatem teſtatoris, & petere legitimā in corporibus rerum hereditariarum.

5. Aut ſumptus ab herede ei præſtandos qui & alimentis neceſſarij ſint, & legitima taxanda.

6 Sententia l. vlt. §. cùm autem. C. de inoff. teſt.

7 Temperamentum pragmaticorum in quæſtione propoſita reiectum.

8 Autoris conſilium de modo procedendi in caſu ſuperiori.

SI pater † filio aut filiæ nondum nuptæ certam pecuniæ quantitatem inſtitutionis titulo reliquerit (id enim ſicut ſufficere, ita & neceſſarium eſſe noſtri arbitrantur, contra quos ſatis ſuperque in ſuperiori Decade diſputauimus) ſoluendam poſt certum tempus, hoc tamen adiecto, vt ſit pro legitima & omni legitimæ iure, quæ ſunt vulgaria hodiernorum teſtamentorum verba, frequentiſſimè quæritur, an poſſit relictum peti ſtatim non expectata die, quam teſtator adſcripſit: eáque ſententia 1
†pragmaticis probabilior videtur vt poſſit: Ratione illa, quòd ex Iuſtiniani 2
conſtitutione in *l. quoniam in prioribus* 32. *C. de inoff. teſtam.* ita ius eſt vt legi-

tima neq; in diẽ recipere poſſit, neq; condicionẽ, ſicut nec aliud vllum grauamen. Quantitatem enim ſic relictam, vt diximus, nihil aliud quàm legitimam eſſe ipſa teſtamenti verba probant, quibus expreſſum eſt eam pro legitima & omni legitimæ iure datam eſſe. Mihi contrà ſemper viſa eſt iniqua† hæc ſententia, quæ abhorret euidenter à teſtatoris voluntate. Nam licèt portionem ipſam legitimam, aut quantitatem quæ portioni legitimæ reſpondeat, ſtatim & nulla adiectæ dici aut conditionis habita ratione præſtari conueniat, nec ea moram vllam admittere poſſit, eo tamen adhuc incerto & dubio, an illa quãtitas quæ in diem certam relicta eſt legitimam ſuperet, néene, & quid quantúmque ſit in legitima, cur obſecro inducimus diuiſionem voluntatis; vt teſtatori credamus in eo quod dixit ſe pro legitimà quantitatem hanc relinquere, non credamus autem in eo quod minoris legitimam æſtimauit, quàm vt relictæ quantitatis ſaltem ex parte ſolutioni diem adiicere prohibẽri ſe putaret? Quid enim ſi detracto etiam interuſurio medij temporis, & cõſequenter tanto minoris æſtimato eo quod relictum eſt, plus tamẽ relictum appareat quàm opus ſit ad integram portionem? An non fiat iniuria teſtatori & eius heredi ſi tota illa quantitas purè & ſtatim detur quam in diem dari teſtator voluit? Sic enim euenit vt liberaliores ſimus teſtatore, & plus quàm ille dederit demus ei cui ipſe iuſta computatione patrimonij pióque iudicio non ſolum integram legitimam reliquit, ſed etiam longè plus quàm relinquere debuerit: quod ſanè abſurdum fuerit *l. debitor* 59. D. *ad SC. Trebel.* Nam nec cogi potuit teſtator vt quicquam amplius quàm legitimá ei purè relinqueret. Sed & idem ipſe Iuſtinianus qui legitimę petitionem nulla mora ſuſpendi voluit *d. l. quoniam in prioribus*, conſtituit tamen vt ſi plus quàm legitimam teſtator reliquerit, & onus relicto adſcripſerit, reiiciatur quidem onus ad concurrentem vſque legitimæ quantitatem, ſed pro ea parte quæ excedit, voluntati teſtatoris omnino ſatisfieri oporteat, *l. vlt. §. cum autem.* C. *eod tit. De inoff. teſt.* Prius ergo eſt vt ſciatur an quod relictum eſt legitimam excedat aut non, quàm vt à tota quãtitate, quæ relicta fuit, onus dici adiectę, aut aliud quodlibet reiiciatur. Interim autem, id eſt incerto eo necdum benè explorato, quia nec ſciri poteſt, quin iuſta totius patrimonij cõputatio ineatur, quid eſt quod melius dicere & conſtituere poſſimus, quàm vt teſtantis voluntati ſtetur? Dies igitur quam teſtator ſolutioni præſcripſit, expectãda erit, nec iniuria videbitur fieri legitimario (ſic. n. vocare libet eum cui legitima debetur, quiſquis tandem ille ſit) cùm ſi quid incommodi eſt, vt ſanè eſt, in mora medij temporis, totum id non modò compenſetur cum eo quod plus in relicto eſſe creditur, quã futurũ erat ſi legitima ſola ſine diei adiectione data fuiſſet. (Cõpenſationẽ. n. hãc quã ius vetus poterat admittere, Iuſtinianus ſuſtulit induxitq; diuiſionẽ volũtatis) verũ etiã fructuũ legitimæ ex die mortis præſtãdorũ neceſſitate (vbi de legitimæ quãtitate cõſtiterit) ſarciatur. Ac ſanè in dubio credẽdus eſt teſtator præſertim pater id cõſilij cepiſſe, quod & legibus & pietatis officio cõgruẽtius videatur: nec quicquam cauſſæ eſt cur ſuſpicemur totã eã quantitatẽ quæ pro legitima in diẽ certã relicta eſt, reſpõdere portioni legitimæ ſublata quoq; dici adiectione. Nã quod teſtator dixit, eã ſe quãtitatem pro legitima relinquere, accipiendũ eſt cũ ſuis cõdicionibus, & vt loquũtur, qualitatibus, ſi teſtatoris volũtatẽ ſpectare volumus, id eſt, ita tamẽ vt in eã ipſam diẽ quam teſtator præſcripſit, nec citiùs fiat ſolutio: Aut vt ſi ſtatim nec expectata die ea quantitas præſtetur, lõgè plus in relicto quàm in legitima eſſe intelligatur. Ergóne, inquies, in bonis defuncti patris intereà fi-

Digitized by Google

lius habebit nihil? ita prorſus. Eſt.n.quod ſibi imputet cur agnouerit relictũ tanti quę æſtimauerit, legiti na interim carere, vt tãto ampliorẽ quantitatem ex teſtamento, ac proinde ad diem teſtamẽto dictam (ſi non prius taxata eſſet legitimæ quantitas) conſequeretur. Potuit enim ſi † moram ſibi in legitima fieri noluit defuncti volũtatem abijcere, ipſámque legitimam ſtatim petere in corporibus rerum hereditariarum, ſi noſtris interpretibus credimus, quibus tamen an hac in re credendũ ſit, ſequenti capite dicemus. Nam ſi quis dicat, quod ego probabilius arbitror, non licere legitimario cui pecuniã pro legitima, quantum ſatis eſt, teſtator dedit, repudiare voluntatem, & legitimã petere in corporibus bonorum, nimis ſanè iniquum & inhumanum eſſet ſi legitimarius diem à teſtatore pręſcriptam pro tota legitima expectare cogeretur, tametſi ſpem haberet recuperandorum aliquando fructuũ à die mortis pro ea quantitate quam legitimæ iure debitam eſſe conſtaret. Cur enim patiamur nihil eum interim habere, cui aliquid omnimodo iam deberi certum eſt? Quãquam remedij loco † indui poſſet vt ei ſumptus heres præſtaret, qui & alimentis eſſent neceſſarij, & legitimæ taxandæ: cuius ſanè taxatio, &, vt loquuntur, liquidatio, vt plurimũ magnos litium anfractus, ingentémque expenſarum materiã ſecum trahit. Neq; verò in eo quicquã abſurdi eſt. Idem.n. vſuuenire etiã ſolet cum exheredatus eſt filius, & querelã inofficioſi teſtamenti exercere cogitur, *l. inſtituta. §. de inofficioſo. D. de inoff. teſt.* aut cum alia de cauſſa patitur controuerſiã vniuerſorũ bonorum, *l. vlt. C. de ordi. cogn.* Nec ſanè aliud quicquã eſt quod melius dici poſſit. Omnino.n.& neceſſariò diſcutiendũ eſt ad quã vſque quantitatẽ aſcendat legitimæ cõputatio, vt ſciatur pro quã relicti parte dies ſolutioni dicta reijci debeat, pro qua etiã parte retineri. Aperta.n.eſt Iuſtiniani cõſtitutio † nolentis adiectæ diei vllã rationem haberi quantũ ad eam partem attinet, quę pro legitima debetur, haberi autẽ pro reſiduo *d. §. cum autem l. vlt. C. de inof. teſt.* Cuius conſtitutionis manifeſta ratio illa eſt, quod non ſicut legitimæ cõditio deterior, ita nec melior fieri poteſt: Nihil.n. vetat aliquid relinqui ſupra legitimã, licet minus legitima relinqui non poſſit. Itaq; poſtquã conſtiterit amplius relictũ eſſe, quàm pro legitima neceſſe eſſet, in eo quod excedet, voluntatẽ teſtatoris ſeruabimus, nec legitimariũ ante diem agere volentem audiemus: in reliquo diẽ ſolutioni dictã pro non adiecta habebimus: & fructuũ legitimæ ex die mortis præſtandorũ obligationẽ inducemus. Neq; nocebit eo tẽpore, quòd legitimarius relictũ agnouerit, quãdoquidẽ ea diei adiectio per legẽ reijcitur, nec poteſt videri contra leges facere, qui eo modo quo lex vult & iubet relinqui, relictũ agnoſcit. Sed quandiu nõ conſtat quid & quãtum ſit in legitima, nec proinde pro qua quãtitate dies adiecta ſit contra leges dico non poſſe interim recedi à teſtatoris voluntatẽ, quia nihil eſt quod melius dici poſſit, deficítque intereà legitimario nõ ius petendę ſtatim legitimæ, ſed probatio eius quotæ bonorũ, quę legitimã portionem conſtituat. Scio pleriſq; pragmaticis † qui inſigniores æquitatis arbitri videri volunt, placere hoc tẽperamentũ, vt cautionib. res expediatur, id eſt, vt filio totũ id quod relictũ eſt ſtatim pręſtetur nulla diei habita ratione, in ſpeciẽ fiducię, & vt loquũtur, per modũ promiſsionis, cũ eo tamẽ vt heredi caueat ſe ſi quid ſupra eã quantitatẽ acceperit quàm pro legitima debeatur, repręſentatę pro ea parte ſolutionis incõmoda ſarciturum *arg. l. 1. & tot. tit. ſi cui plus quàm per leg. falcid.* Sed quæro cur hac in re filio magis quàm teſtatori ipſi pręſertim patri faueamus? Nã etſi filiũm

pater exheredaſſet inſerta cauſſa iuſta quidem,id eſt à Iuſtiniano adprobata, ſed non vera, quandiu de facti veritate quæreretur, in eámque rem querela inofficioſi teſtamenti exerceretur, nihil tamen interim filio deberetur præter ſumptus in cauſſam litis & alimentorum neceſſarios: cur ergo in propoſito quandiu incertum eſt quid & quantum filio debeatur, voluntatem teſtatoris omnino contemnemus, nullámque prorſus adiectæ diei rationem habebimus? Aut cur non æquè conſulamus heredi parato cauere, ſe eius quantitatis, quam pro legitima debitam fuiſſe tandem conſtabit vſuras vice fructuum ex die mortis reſtituturum? Nam & ita fit vt indemnis filius ſeruetur cui interim, vt diximus, neceſſarij ſumptus ſubminiſtrantur, & teſtatoris iudicio quantum per leges licet, pareatur. Denique numquam debet quis vincere ob id ſolùm quòd ſatiſdare paratus ſit ſi aliam vincendi cauſſam nullam habeat. Longéque alia ratio eſt cautionis quæ præſtatur ex edicto, Si cui pluſquàm. Prodeſt enim illa legatario ad totum legatum interim conſequendum, quia habet ille pro ſe teſtatoris voluntatem, quam hîc non habet niſi contra ſe is qui legitimam in diem relictam totam petit ante diem. Probarem † magis vt in iure interrogare-
8 tur heres,quanti legitimam portionem quæ peteretur æſtimaret; eámque ipſam quantitatem quam diceret (neque enim nullam omnino dicere poſſet) ſtatim præſtaret, habita etiam ratione fructuum aut vſurarum ex die mortis: Pro reliquo autem finis euentúſque iudicij expectaretur, nulla ex parte interponendis cautionibus. Quid enim periclitari poteſt filius cui in reliquas res hereditarias parata ſemper erit actio? Quid rurſum heres qui non niſi eam quontitatem præſtet, quam à ſe pro legitima debitam eſſe fateatur? Nudam ſanè repromiſſionem hinc inde interponi nihil vetat, propter incertum quantitatis quæ pro legitima minor maiórve deberi poteſt, & propter fructus quos ab altero alteri reddi oportebit ſi data quantitas iuſtæ portioni legitimæ non omnino reſpondeat. Non idem erit ſi quid pro legitima purè ſit relictum ei qui relicto non contentus, & repudiata teſtantis volũtate malit legitimam petere in corporibus bonorum. Tantiſper enim dum quæretur de quantitate legitimę & bonorum ex ea cauſſa tradendorum,ſi legitimarius relictum petat repromiſſa reſtitutione aut imputatione, itémque fructuum aut vſurarum ad concurrentem vſque quantitatem compenſatione,nihil cauſſæ eſt cur non ſit audiendus,cùm habeat pro ſe defuncti volũtatem, quam heres impugnare non poteſt, & cui interim ſtari neceſſe eſt,nullo tamen ex ea re præiudicio alterutri generando. Eóque iure paſſim vtimur. Scilicet ex pragmaticorum ſententia qui putant eum qui ex re aut quantitate certa inſtitutus eſt pro legitima poſſe id quod ſibi relictum eſt repudiare,& legitimam in corporibus bonorum petere ac obtinere. Quod tamen an verum ſit, aut potiùs cur verum non putemus(iam enim diximus nobis id non probat) paullo fuſiùs tractandum eſt.

ERROR

ERROR SECVNDVS.

Si eam corporum aut pecuniæ quantitatem quæ pro legitima relicta eſt, repudiauerit legitimarius, malitque legitimam habere in corporibus bonorum.

SVMMARIA.

1 Ex ſententia interpp. is cui aliquid pro legitima relictum eſt ſiue in pecunia, ſiue in certis corporibus bonorum cogi non poteſt vt teſtatoris iudicium agnoſcat, ſed poteſt eo repudiato quod ſibi relictum eſt legitimam petere & obtinere in corporibus bonorum.

2 Quibus rationibus relatam ſuffulciant ſententiam.

3 Iuris veteris rationem propoſitæ ſententiæ repugnare: & ſeqq.

4 Iuſtinianus in §. repletionem. l. ſcimus C. de inoff. teſt. hoc vnum conſtituit vt repletio legitimæ fiat in corporibus rerum hereditariarum.

5 Si legitimam integram teſtator in pecunia dederit, non licet legitimario repudiare legatum, & pro pecunia petere corpora.

6 Si aliquid in pecunia pro legitima datum eſt quod legitimam, non, æquat, non licet legitimario illud repudiare vt legitimam integram in corporibus conſequatur.

7 Non eſt neceſſe vt ſupplementum legitimæ ſit eiuſdem naturæ & conditionis cuius eſt illud in quo legitima ſolui cœpta eſt.

8 Cur à Iuſtiniano conſtitutum vt ſupplementum legitimæ detur in corporibus bonorum.

9 Si in hereditate reperiantur nummi & fundi, non neceſſe eſt te ſupplementum legitimæ fieri debere tantùm in fundis.

10 Error pragmaticorum putantiũ legitimã deberi in bonis mediocribus, etiã eum in aliis à teſtatore aſsignata: & eiuſdem confutatio.

NIHIL in praxi & in tribunalibus certius eſt & receptius
quàm quod nos hoc capite probabimus, ni fallimur, eſſe falſiſ-
ſimum & à iuris ratione prorſus alienum. Id ſcilicet quod pra-
gmatici poſt interpretes putãt, Eũ cui aliquid pro legitima re- 1
lictũ eſt ſiue in pecunia, ſiue in certis corporibus bonorũ, cogi
nõ poſſe vt teſtatoris iudiciũ agnoſcat, et iã ſi quod relictũ eſt ſufficiat ad legi-
timã portionẽ, ſed poſſe, ſi malit, repudiato eo, quod ſibi relictũ eſt, legitimã
petere & obtinere in corporib. bonorũ. Pro qua ſentẽtia nõ habẽt iſti aliud 2
quod proferãt, niſi cõſtitutionẽ Iuſtiniani in *l. ſcimus 36. §. repletionẽ. C. de inof.
teſt.* qua cauetur, vt legitimã cui aliquid deſit, ex ipſis corporib. bonorũ reple-
ri oporteat. Si. n. repleri, cur nõ & totã confici? Addũt etiã intereſſe quàm ma-
ximè eius qui legitimæ petẽdæ ius habet, vt eã habeat in corporib. bonorum
potiùs quàm in pecunia numerata, quæ ſcilicet faciliùs amittitur, nullóſq; ex
ſe fructus parit: legitimæ verò cõditionẽ nullomodo deteriorẽ fieri poſſe, ne
quidẽ teſtamẽto *l. quoniã in priorib. 32. eod.* Ego verò illud primũ admitti volo
quod omnes fatẽtur iuris veteris rationẽ huic ſẽtẽtiæ repugnare, dicturus po- 3
ſteà an, aut quo ius illud ex Iuſtiniani cõſtitutionib. ſit immutatũ. Nã vt iure ci
uili teſtamẽtũ vſq; adeò firmũ eſſet ne per querelã inofficioſi reſcindi poſſet,
nihil aliud requirebatur, niſi vt legitimã integrã haberet ille qui de inofficio-
ſo alioqui cõqueſturus fuiſſe dũmodò haberet ex ſubſtãtia defuncti, adeóq; oc-
caſione & ob perſonã defũcti, licèt nõ ex ipſius ſubſtãtia, vt puta ſiquid filio,
patris contẽplatione ab extraneo donatũ proponeretur. Vnde etiã fiebat vt ex
fructib. quoq; rerũ hereditariarũ poſt teſtatoris mortẽ perceptis cõfici legi-
tima poſſet, ſi tamen ſufficerẽt ad quartã & quartæ fructus, tametſi nõ tã here-
ditati quàm rebus hereditariis accepto ferantur, *l. Papinianus 8. §. unde ſi quis.
D. de inof. teſt. iũct. l. in fideicõmiſſaria 18. ad S.C. Trebell.* Multò minùs ergo cõ-
queri potuiſſet is, qui legitimã in pecunia numerata ex legato habuiſſet, ſi mo-

dò aut inſtitutus fuiſſet,aut exheredatus. Hoc enim ſemper requirebatur ad validitatem teſtamenti, quod alioqui non valuiſſet.Sublata verò conquerendi facultate,apparet non potuiſſe fieri vt ei cui legata eſſet pecunia,liceret repudiare legatum, & legitimam petere in corporibus bonorum.Quo. n.iure peteret?An ex teſtamento quo non fuerant legata corpora, ſed pecunia? An verò ab inteſtato ſubſiſtente firmaque manente teſtati cauſſa?Neq;ſanè id habet dubitationem ſi tollas Iuſtiniani conſtitutiones quæ contrà putandi nonnullã anſam præbuerunt. Videamus ergo quid Iuſtinianus conſtituerit. Hoc
4 vnũ in *d.§.repletionem.*vt legitimę † repletio facienda ſit in corporibus rerum hereditariarum.Quod ego pro interpretibus,licèt ipſi aliter ſentiant eo quoque caſu locũ habere volo quo id quod pro legitima teſtator dedit, pecuniariũ fuerit:neq; enim lex diſtinguit,& conſtat cum ſemper morem teſtatorum fuiſſe qui, etiamnunc eſt vt legitimam portionem aut aliquid pro legitima darent in pecunia potius quàm in corporibus, ne qua fieret diminutio rerum
5 hereditariarum. Sed an ex eo fiet conſequens vt ſi legitimam † integram teſtator in pecunia dederit, licere debeat legitimario repudiare legatum,& pro pecunia petere corpora contra expreſſam teſtatoris voluntatem? Minimè verò neque de ea verbum vllum eſt in Iuſtiniani conſtitutione. At nec admit-
6 tendum puto,vt cùm aliquid † in pecunia pro legitima datum eſt quod legitimam non æquet, liceat legitimario quãtulumcunque,id eſt repudiare vt legitimam integram in corporibus nanciſcatur. Tantum enim abeſt vt illa Iuſtiniani mens fuiſſe videatur, vt is è contrario hoc ipſo quod conſtituit repletionem in corporibus fieri debere, declaret ſatis nolle ſe in eo quod relictum eſt recedi à voluntate teſtatoris,nec proinde rem pro pecunia præſtari. Alioqui non de ſupplemento tantùm ſed de tota legitima loqui conſtitutio debuiſſet. In eoque ſanè à nobis ſuprà indultum eſt interpretibus plus quàm deberemus, ad finem vltimi capitis Decadis ſuperioris, cùm diximus poſſe hoc caſu locum habere quod interpretes & pragmatici volunt, ſupplementum legitimæ eiuſdem naturæ & conditionis eſſe debere cuius & illud in
7 quo legitima ſolui cœpta eſt. Nihil † enim hoc neceſſe eſt nec valet conſecutio,teſtator legatum pro legitima in pecunia dedit,ergo ſupplementum legitimæ in pecunia dandum eſt. Nã diſſimilitudinis ratio euidens hæc eſt, quòd ad eam vſque quantitatem quæ teſtamento data eſt ſicut agitur ex teſtatoris expreſſa volũtate. Ita fieri nequit vt contra eam voluntatẽ aliud petatur quàm quod teſtamẽto datum eſt. Pecunia verò data fuit, nõ corpus. Pecunia igitur, non corpus peti debet:nec pro ea legitimæ parte lex vllo modo ſe interponit, quia neque neceſſe eſt. At ſupra eam quantitatem manca voluntate teſtatoris licèt ſupplementum legitimæ petatur quaſi ex teſtamento (quia nec ab inteſtato peti poteſt quãdiu teſtamẽtum ſubſiſtit, & ab inteſtato de portione hereditaria quærẽdum eſſet, non de ſupplemẽto legitimæ) neceſſe fuit Iuſtinianum ſe interponere, vt neque fraus legitimæ fieret, neq; eo prætextu quòd legitima integra relicta nõ eſſet,reſcindi teſtamẽtum poſſet. Itaq;voluit Iuſtinianus ſupplemẽtum legitimæ haberi pro dato quod re vera datum nõ fuit: cùmq; nõ poſſet ex teſtamẽti verbis aut ex præſũpta teſtatoris voluntate de-
8 cidi an in pecunia,an in corporibus dari deberet, placuit † debere in corporib. dari, nõ ob id ſolùm quod ea ſentẽtia fauorabilior ſit legitimæ, ſed etiã quia nihil eſt quod melius poſsis dicere. Legitima enim quota portio eſt bonorum à defuncto relictorum, quæ quis ab inteſtato eſſet habiturus, ab inteſtato autem

tem non pecuniam pro rebus hereditariis, ſed res ipſas hereditarias pro ſua parte fuit habiturus. Nimirum, quod ad eam partem attinet, quę ex corporibus hereditariis haberi potuiſſet. Nam ſi poneres † repertam eſſe in hereditate pecuniam ſiet & fundos, non puto eam Iuſtiniani mentem eſſe vt tota repletio fieri hoc caſu debeat ex fundis, ſed partim ex fundis, partim ex pecunia. Nulla enim fit iniuria legitimario ſi legitima portio ei detur ex rebus ſingulis quæ in hereditate reperiuntur, ſiue in pecunia, ſiue in corporibus conſiſtant: nec aliud ſenſiſſe Iuſtinianum credibile eſt niſi vt non ſit in poteſtate heredis ſupplere legitimam in pecunia vt omnia & tota corpora ſibi retineat, ſed teneatur quatenus in corporibus hereditas eſt, eatenus quod legitimæ portioni deeſt, in corporibus ſupplere. Licèt non ignorem alio iure nos vti ex pragmaticorum erroribus, quibus praxis tota plena eſt. Sed illud etiam multò abſurdius † & iniquius eſt quod pragmatici volunt, ſi legitima in corporibus quidē herditariis relicta ſit, ſed tamen in iis quæ ſint ex deterioribus, poſſe relictum repudiari, vt legitima in aliis bonis præſtetur, quæ nec ſint ex melioribus, nec ex deterioribus, ſed ex mediocribus. Etſi enim fateor ſi arbitrio boni viri præſtanda ſit legitima, æquiſſimum eſſe illud temperamentum vt in mediocribus potiùs quàm in alio bonorum genere adiudicatio legitimæ fiat, quemadmodum contingit ſi teſtator minus legitima reliquerit, & de ſupplemento tractari oporteat, cùm tamen pater viri boni officio functus bona ſua inter liberos diuiſit, & quænam pro legitima dari vellet, declarauit, cur aliud melius aut ęquius arbitriū requiremus? aut cur teſtamento quod valet, nec reſcindi vllo modo poteſt, non ſtabimus? conſtat enim vſque adeò fauorabilem eſſe illam ſupremi iudicii diuiſionem quam pater inter liberos fecerit, vt etiamſi facta ſit in minus ſolenni ſcriptura aut voluntate, eam tamen iudex familiæ erciſcundæ ſequi & tueri omnino debeat *l. vlt. C. famil. erciſc.* Nec ad rem pertinet quod obiiciunt legitimam filio deberi in bonis mediocribus. Id enim falſum eſt, nec vllo iuris loco probabile. Nulla namque debetur legitima, cùm ſemel teſtamento data eſt, quia nec debetur niſi poſt mortem, teſtamentum autem fit à viuo patrefamilias, qui ſi ſic teſtetur vt legitimam integram dediſſe dici poſſit, nullum de legitimæ debito poſt mortem ſuam quærendi locum relinquit. Illud igitur duntaxat inſpiciendum eſt an legitimam integram dederit. Porrò non eo minùs integram dediſſe dici poteſt quòd dederit ex bonis deterioribus. Tantò plura enim data eſſe neceſſe eſt vt iuſta legitimæ æſtimatio cōpleatur arg. *l. ſi ſterilis. D. de reb. eo ſub tut. vel cur. ſunt.* Sed etſi quid deeſſet iuſtæ computationi legitimæ, propterea quòd deteriores fundi dati eſſent, repleri id deberet arbitrio boni viri, & quidem, vt iam dixi, ex mediocribus quantū ſuppl-ementi debiti ratio pateretur, ſed non eo magis recedendum eſſet à voluntate teſtatoris, vt pro bonis deterioribus quæ dediſſet, dari mediocria oporteret, ne quidem ad concurrentem vſque deteriorum æſtimationem.

ERROR TERTIVS.

De legitima ſtatuto in totum tollenda vel minuenda.

SVMMARIA.

1 *Q. an legitima per ſtatutum tolli in totum poſſit?*

2 *Prima ſententia putantium legitimam aſcen. t.ē. item t.ll poſſ. legitimā verò deſcendētiū*

non item.

3 *Secunda indiſtinctè affirmantium vtramque tolli poſſe.*

4 *Tertia negantium.*

5 *In quo verſetur quæſtio propoſita.*

6 *Statuto fieri poteſt vt quis ab inteſtati ſucceſſione prorſus excludatur.*

7 *Apud Gallos & Auguſtanos liberis inteſtatis matres non ſuccedunt,niſi in mobilium certa parte & in vſufructu.*

8 *Tota ferè Italia fœminæ ſuccedere prohibentur fauore maſculorum.*

9 *In Gallia pleriſque regionibus ſoli primogeniti ſuccedunt excluſis fratribus.*

18 *Filia per ſtatutũ à legitima excluſio alia cõditionalis,alia abſoluta,& quantum differãt.*

1 MAXIMA de hac re inter iuris interpretes contentio eſt,An legitima† per ſtatutum tolli penitus & in totum poſſit.Sunt enim qui
2 diſtinguant † inter legitimam quæ deſcendentibus & eam quæ aſcendentibus debeatur vt poſterior hæc tolli poſſit, illa non item,vt pote quæ fauorabiliori iure debita ſit,ex voto ſcilicet parentum, & naturali ratione,non vt hæc ſolo intuitu pietatis & miſerationis *l.ſcripto 7.§.*
3 *vlt.D.vnd.lib.* Aliis placet† diſtinctè,poſſe vtramque ſtatuto tolli:aliis deni-
4 que neutram† in totum tolli, ſed tamen vtramque minui poſſe ſicut & augeri,quam ſententiam pragmatici noſtri magis probant,& paſſim ſequuntur.
5 Ego quæſtionem† in eo eſſe arbitror,An ſtatuto fieri queat,vt à legitima inteſtati ſucceſſione excludatur is de cuius legitima portione diſputamus.Nunquam enim mihi perſuadebo,licèt vulgo aliter creditum ſit,fieri poſſe, vt ei qui penitus excluſus eſt ab inteſtati ſucceſſione ſiue per ſtatutum , ſiue per renunciationem,legitima vlla debeatur : cùm nihil aliud ſit legitima quam quota portio partis hereditariæ quæ ab inteſtato competitura eſſet ſi teſtamentum nullum factum proponeretur. *l. quoniam in prioribus 32. C. de inoff. teſtam.* De quo,quia iam ſatis multa ſcripſimus in ſuperioribus Decadibus, erimus hic breuiores,nec eadem repetemus. Illud igitur duntaxat inſpiciendum eſt , an ſtatuto fieri poſſit vt quis ab inteſtati ſucceſſione prorſus exclu-
6 datur.Et puto † vix de eo poſſe dubitari,quin fieri poſſit.Ius enim ſuccedendi ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato ex legibus eſt,vt ſæpiùs monuimus, ideóque pro legiſlatorum arbitrio ſemper aliud atque aliud conſtitutum, auctum, diminutum,denique immutatum fuit.Quam in rem innumera adduci poſſent exempla nõ modò ex Romanorũ legibus,ſed etiã ex gentium omniũ moribus,niſi eſſent cuique obuia,ſaltẽ ea quæ ex iuriſprudentię noſtræ libris elici poſſunt.Atqui cùm de ſtatuto loquimur, de eo intelligimus quod ab iis factum ſit qui ſtatuendi iuris,legiſque condendæ ius & poteſtatem habeant. Cur ergo dubitemus quin ſtatuto fieri poſſit vt legitimus heres non ſit qui
7 alioquin futurus eſſet?Hinc illud nimirum eſt quod apud Gallos† ex conſtitutione regia,& apud Auguſtanos noſtros ferè ſimiliter,liberis inteſtatis matres non ſuccedũt præterquàm in mobilium certa parte & in vſufructu , ſicut nec ſuccedebant ante S.C.Tertyllianum,quo primùm cautum eſt vt poſ-
8 ſent ſuccedere.Item quod etiamnum tota ferè Italia† fœminæ ſuccedere pro-
9 hibẽtur ab inteſtato,fauore maſculorum Et in Gallia† pleriſque regionibus ſoli primogeniti ſuccedunt excluſis fratribus. Quid? quod heredis quoque inſtitutio nonnullis locis prohibetur?Denique ſemper ita ius , & vſus fuit vt pro locorum ac temporum varietate licuerit legiſlatoribus ſucceſſionum omnium ſiue teſtamentariam ſiue legitimarum iura conſtituere & commu-
10 tare.Multum tamen intereſt,meo iudicio,an filia † per ſtatutum excluſa ſit à

legitima

legitima, ideò quòd ab inteſtati ſucceſſione penitus excluſa ſit, an ob id ſolùm quòd dotem à patre congruam acceperit. Talia enim ſolent eſſe vt plurimum verba ſtatutorum fœminas excludentiũ, vt ita demùm excludi eas velint, ſi dotatæ fuerint congruenter & cõpetenter, quomodo loquuntur. Quo caſu cùm non ſimpliciter, & abſolutè ſint excluſæ ab inteſtati ſucceſſione, ſed ſub ea veluti conditione ſi dotatæ ſint, videtur ea excluſio aliam quoque tacitam habere conditionem, illam nimirum quam renunciationibus iuratis futuræ ſucceſſionibus aut legitimæ portionis ineſſe diximus ſæpius, ſi hereditas aut legitima portio quandoque deferetur. Quandiu enim legibus quæ inteſtati ſucceſſionem deferunt, locus vllus relinquitur, non magis per ſtatutũ quàm per pactum fieri poteſt, vt excluſio præcedat delationem. Priore verò caſu cùm ſic concepta ſunt verba ſtatuti vt ab inteſtatorum parentum ſucceſſione penitus excluſæ ſint filiæ, licèt alia ſtatuti parte cautum ſit vt vel ali debeant vel dotari (vix enim eſt vt cum iis vſque adeò inhumanè agatur vt ab alimentis quoque excludantur, quod nec ſtatuto fieri ſanè poſſet, cùm ius petendorum alimentorum ex mero iure naturali ſit potiùs quàm ex legibus) non poteſt excluſio illa ſtatutaria tacitam habere conditionem, ſi hereditas aut legitima portio deferetur: quandoquidem diximus ſtatuto fieri, poſſe vt non tantùm acquiſitio ſucceſſionis, ſed ipſa etiam delatio impediatur: in eóque maior ſanè poteſtas & autoritas eſt ſtatuti quàm pacti, tametſi ſoleat dici poſſe per ſtatutum fieri ea demum quæ poſſunt fieri per pactum. Longè enim maior eſt vis ſtatuti, tanta ſcilicet quanta eſt legis quoties ſtatutum ab iis factum eſt, qui, vt diximus, condendæ legis ius habeant, cùm tamen non poſſit fieri pacto vllo ne leges locum habeant ſiue de teſtamentaria ſiue de legitima ſucceſſione controuertatur *l. nemo poteſt 55. de legat. 1. l. vlt. D. de ſuis & legit. l. quod bonis 15. §. 1. D. ad leg. falc.*

ERROR QVARTVS.

De legitima matris, ſuperſtitibus fratribus, extraneo herede inſtituto.

SVMMARIA.

1 Quanta ſit legitima matris, cùm eius filius duobus fratribus ſuperſtitibus, honeſtum extraneum heredem inſtituit.

2 Legitimam matris tertiam hereditatis partem eſſe debere ex communi interpretum placito.

3 Quæ ſit ratio ſuperioris ſententiæ.

4 Secundum Bartolum legitimam matris eſſe tertiam trientis; & quibus rationibus hoc ipſum confirmet.

5 Bartoli ſententiam probabiliorem eſſe, licet eius improbabiles ſint rationes.

6 Ius adcreſcendi in legitima locum habere poſſe contra Bartol.

7 Legitimam fratrum auctam eſſe, contra eundem.

8 Matri pro legitima debetur triens illius portionis quam ab inteſtato erat habitura, ſi cum duobus fratribus defuncti ſucceſſiſſet.

9 Ex eo quòd legitima nulla debetur fratribus, non ſequitur trientem hereditatis deberi matri.

10 Qui ad partem hereditatis legitima admitterentur, faciunt partem in computatione legitima, licet ad nullam legitima partem admittantur.

11 Erronea Baldi ſuppoſitio.

12 Ex ſolius matris perſona ineunda eſt ratio legitimæ, & conſequenter ex comparatione eius portionis quam ab inteſtato habitura erat mater ſi cum fratribus ſuccederet.

13 Refertur & refellitur ratio qua Paul. Caſtrenſis Bartoli ſententiam adſtruere conatur.

14 Fratrum hereditas fratribus vt debeatur.

15 Præteritio fratris honeſtè herede inſtitutonon eſt habenda pro exheredatione.

16 Mater præterita habetur pro exheredata, éſtque hodie nominatim exheredanda.

17 Vniuerſali heredi predeſſe ſolet exheredatio, non ſingulari.

18 Matri in minima quantitate pecuniæ inſtitutæ licet agere ad ſupplementum legitimæ.

1 IAM olim tractata fuit hæc quæſtio † magnis cõtẽtionibus inter nobiliores & vetuſtiores iuris noſtri interpretes, ſed ita tamen vt vno excepto Bartolo cæteri omnes pro matre reſponderint, ſcilicet defuncto filio ſuperſtite matre, ſuperſtitibus item duobus fratribus, & extraneo herede inſtituto, non turpi per-
2 ſona, legitimam † matris tertiam eſſe debere totius hereditatis, non tertiam trientis. In eo namque omnes concordare excepto *Bartolo* teſtatur *Caſtrenſis ad l. planè 34. §. ſi duobus. ad finem. de legat. 1.* addens ſe quoque ex communi aliorum ſententia ad propoſitam ex facto quæſtionem ita reſpondiſſe. Rationes pleraſque adferunt ab ipſo etiam *Bartolo* relatas in *l. pater filium 14. D. de*
3 *inoff. teſtam.* ſed illam præcipuè quòd † fratres qui fratris teſtamento excluſi ſunt à legitima ipſius ſucceſſione habendi ſint pro mortuis, & non exiſtentibus quod ad ineundam legitimæ computationem, quia certum eſt vſque adeò eos excludi, vt nec ſpem vllam habeant vnquam ſuccedẽdi. Eſt enim ferè generalis ea iuris regula, portionem deficientem eius qui nec admittitur, nec admitti ſperatur, iis adcreſcere qui admittuntur, *l. vnic. C. quando non petent. part.* Nam & in querela inofficioſi teſtamẽti in cuius locum actio ad ſupplementum ſubrogata eſt idem euenire conſtat vt liberi qui per exheredationẽ iuſtam aut per ſententiam excluſi ſunt à querela, non faciant partem cæteris, imò nec excludant ſequẽtes in gradu, non magis quàm ſi ipſi in rerum natura non eſſent *d. l. pater filium.* Idémque eſt ſi aut repudiatione, aut tẽpore ex-
4 cluſi proponantur, *l. qui repudiantis 17. l. ſi ponas 23. §. vlt. eod. Bartolus* † autẽ vt contra ſentiat ex eo potiſſimùm mouetur, quòd in ſpecie propoſita non poſſit mater ampliorem conſequi legitimam ex perſonis fratrũ excluſorum niſi beneficio iuris adcreſcendi, *d. l. qui repudiantis. & dict. §. vltim. l. ſi ponas.* Atqui, inquit, inter eos qui coniunctione tantùm legali coniuncti ſunt, vt ij ſunt quos lex ſola ad inteſtati patrisfamilias hereditatem ſimul vocat, non aliter ius adcreſcendi locum habet quàm ſi de vniuerſali ſucceſſione tractetur *l. 1. §. idem ait. D. de vſufr. adcreſc.* quomodo tractabatur olim, cùm agebatur querela inofficioſi teſtamenti, vt reſciſſo teſtamento locus fieret legitimæ ſucceſſioni. Hodie non ſimiliter, cùm agitur ad ſupplementum, nec aliud peti poteſt quàm legitima ipſa, quæ proculdubio vniuerſalis ſucceſſio nõ eſt, nec rurſum quomodo interpretes loquuntur particularis, ſed prorſus ſingularis, quoniam quota eſt bonorum non hereditatis, debita ſcilicet poſt deductum omne æs alienum. *l. nam quod 14. §. non omnis. D. ad S. C. Trebell.* iunct. *l. Papinianus 8. §. quarta autem* D. *de inoff. teſtam.* Igitur, inquit Bart. non poteſt locus eſſe iuri adcreſcendi in legitima, præſertim cùm ſuccedant fratres cum matre quod ad legitimam portionem attinet ex diuerſo iure, nimirum mater ex iure nouo quo aucta eſt legitima aſcendentium ſicut & deſcendentium vt ex quadrante fiat triens, fratres verò ex iure vetere quo nõ niſi quarta debeatur. Sic enim *Bartolus* exiſtimat fratrum legitimam auctam non eſ-

ſe,

ſe, indeque mouetur vt eam pro ſe iuris regulam adferat, quæ habet, inter eos qui vocantur diuerſo iure ex diuerſis diſpoſitionibus non eſſe locum iuri adcreſcendi, ſiue à lege, ſiue à teſtatore ius illud deſcendat, *l. ſed cùm patrono 7. D. de bonor. poſſeſſ. l. ſi ſub conditione 16. D. quibus modis vſusfruct. amitt.* Mihi opinio Bartoli † ſemper probabilior viſa eſt, ſed rationes quibus 5
mouetur, nunquã placuerunt. Nam vt nihil nunc dicam aduerſus eam propoſitionem quàm ille vt veriſſimam profert de iure adcreſcendi inter eos qui coniunctione tantùm legali coniuncti ſunt, non puto verum eſſe quod ille tam generaliter tradit, non poſſe ius † adcreſcendi in legitima locum habere. 6
Nihil enim vetat, quominùs locum habere poſſit, ſi modò voluntas teſtatoris, aut eius cuius portio deficit non refragetur, id eſt, ſi non appareat in fauorem alterius quàm collegitimariorum defeciſſe portionem, vt contingit ſi quis à petitione legitimæ idcircò excluſus ſit, quod fuerit exheredatus: ſiquidem pater filium exheredat non id facere intelligitur vt aliis liberis conſulat in ſola fortaſſis legitima inſtitutis, ſed vt hereditatis ſuæ liberiorem habeat diſpoſitionem in eius gratiam quem heredem ſcribere volet, ſiue ex liberis, ſiue extraneus ille ſit. Idem eſt ſi filia cùm nuberet viuo patre renuntiauerit paternæ ſucceſſioni adhibito iureiurando. Nam & hæc renuntiatio non tam fauore aliorum liberorum, ne maſculorum quidem facta intelligitur, quàm fauore ipſius patris, cui fit, arg. *lege ſi actionem 24. C. de pact.* & conſequenter defuncto patre prodeſt ipſius hereditati non fratribus, vt à nobis diſputatum eſt in ſuperioribus. Licèt *Caſtrenſ. in d. §. ſi duobus* contrà defendat filiam hanc haberi pro mortua, propterea quòd nullo vnquam inſtanti fuerit capax ſucceſſionis, ideòque fratrum legitimam minuere non debere: quod & nos etiam refutauimus. Poteſt autem in legitima locus eſſe iuri adcreſcendi, ſi fortè ponas eum cui legitima debebatur repudiando declaraſſe quod eam rem heredi patris prodeſſe nollet. Tunc enim etiamſi non adieciſſet repudiare ſe in gratiam fratrum, tamen fratribus amplior legitima deberetur, non alio vtique quàm adcreſcendi iure: alioqui ceſſione, & iurium tranſlatione non repudiatione opus eſſet, ſi ius adcreſcendi locum non haberet. Sed etſi ponas ſimpliciter factam repudiationem, aut eum qui legitimam petere potuit excluſum eſſe tempore ne legitimam petere poſſit, non dubito quin cæteris fratribus ea res proſit vt ampliorem legitimam conſequantur: quia quamuis legitima portio non ſit ſucceſſio vniuerſalis, ſed ſingularis vt *Bartolo* ſatisfaciamus, æſtimatur tamen ex comparatione ſucceſſionis vniuerſalis, cùm nihil aliud ſit quàm triens debitæ portionis, *l. Papinianus 8. §. quoniam autem quarta. D. de inoffic. teſtam.* id eſt portionis hereditariæ ab inteſtato contingentis, *l. quoniam in prioribus 32. & authent. nouiſſima. C. eodem.* Atqui ſi de inteſtati ſucceſſione ageretur, repudiatio aut abſtentio ſimpliciter facta tantò ampliorem faceret portionem cuiuſq; ex fratribus coheredibus qui hereditatem agnouiſſent, vt & *Barolus* fatetur, quia eo caſu de vniuerſali ſucceſſione ageretur ex *l. ſeruus communis ab extero 67. D. de acquir. hered.* Quidni ergo ampliorem faciet legitimam ſaluo etiam manente teſtamento? At neque verum eſt quod vult *Bartolus* † fratrum legitimam auctam non eſſe. Nam Iuſtinianus in 7
Nouell. 18. De trient. & ſemiſſ. §. 1. poſt auctam legitimam liberorum, de qua ſola locutus fuerat ſubiicit in hæc verba *hoc obſeruando in omnibus perſonis in quibus ab initio antiquæ quartæ ratio de inofficioſo lege decreta eſt.* Itémq;

tima neq; in diẽ recipere poſſit, neq; cõdicionẽ, ſicut nec aliud vllum grauamen. Quantitatem enim ſic relictam, vt diximus, nihil aliud quàm legitimam eſſe ipſa teſtamenti verba probant, quibus expreſſum eſt eam pro legitima & 3 omni legitimæ iure datam eſſe. Mihi contrà ſemper viſa eſt iniqua† hæc ſententia, quæ abhorret euidenter à teſtatoris voluntate. Nam licèt portionem ipſam legitimam, aut quantitatem quæ portioni legitimæ reſpondeat, ſtatim & nulla adiectæ diei aut conditionis habita ratione præſtari conueniat, nec ea moram vllam admittere poſſit, eo tamen adhuc incerto & dubio, an illa quãtitas quæ in diem certam relicta eſt legitimam ſuperet, nécne, & quid quantúmque ſit in legitima, cur obſecro inducimus diuiſionem voluntatis, vt teſtatori credamus in eo quod dixit ſe pro legitimà quantitatem hanc relinquere, non credamus autem in eo quod minoris legitimam æſtimauit, quàm vt relictæ quantitatis ſaltem ex parte ſolutioni diem adiicere prohibêri ſe putaret? Quid enim ſi detracto etiam interuſurio medij temporis, & cõſequenter tanto minoris æſtimato eo quod relictum eſt, plus tamẽ relictum appareat quàm opus ſit ad integram portionem? An non fiat iniuria teſtatori & eius heredi ſi tota illa quantitas purè & ſtatim detur quam in diem dari teſtator voluit? Sic enim euenit vt liberaliores ſimus teſtatore, & plus quàm ille dederit demus ei cui ipſe iuſta computatione patrimonij pióque iudicio non ſolum integram legitimam reliquit, ſed etiam longè plus quàm relinquere debuerit: quod ſane abſurdum fuerit ***l. debitor 59. D. ad SC. Trebel.*** Nam nec cogi potuit teſtator vt quicquam amplius quàm legitimã ei purè relinqueret. Sed & idem ipſe Iuſtinianus qui legitimę petitionem nulla mora ſuſpendi voluit *d. l. quoniam in prioribus*, conſtituit tamen vt ſi plus quàm legitimam teſtator reliquerit, & onus relicto adſcripſerit, reiiciatur quidem onus ad concurrentem vſque legitimæ quantitatem, ſed pro eâ parte quæ excedit, voluntati teſtatoris omnino ſatisfieri oporteat, ***l. vlt. §. cum autem. C. eod tit. De inoff. teſt.*** Prius ergo eſt vt ſciatur an quod relictum eſt legitimam excedat an non, quàm vt à tota quãtitate, quæ relicta fuit, onus diei adiectę, aut aliud quodlibet reiiciatur. Interim autem, id eſt incerto eo necdum benè explorato, quia nec ſciri poteſt, quin iuſta totius patrimonij cõputatio ineatur, quid eſt quod melius dicere & conſtituere poſſimus, quàm vt teſtantis voluntati ſtetur? Dies igitur quam teſtator ſolutioni præſcripſit, expectãda erit, nec iniuria videbitur fieri legitimario (ſic.n. vocare libet eum cui legitima debetur, quiſquis tandem ille ſit) cùm ſi quid incommodi eſt, vt ſanè eſt, in mora medij temporis, totum id non modò compenſetur cum eo quod plus in relicto eſſe creditur, quã futurũ erat ſi legitima ſola ſine diei adiectione data fuiſſet. (Cõpenſationẽ.n. hãc quã ius vetus poterat admittere, Iuſtinianus ſuſtulit induxitq; diuiſionẽ volũtatis) verũ etiã fructuũ legitimæ ex die mortis præſtãdorũ neceſſitate (vbi de legitimæ quãtitate cõſtiterit) ſarciatur. Ac ſanè in dubio credẽdus eſt teſtator præſertim pater id cõſilij cepiſſe, quod & legibus & pietatis officio cõgruẽtius videatur: nec quicquam cauſſæ eſt cur ſuſpicemur totã eã quantitatẽ quæ pro legitima in diẽ certã relicta eſt, reſpõdere portioni legitimæ ſublata quoq; diei adiectione. Nã quod teſtator dixit, eã ſe quãtitatem pro legitima relinquere, accipiendũ eſt cũ ſuis cõdicionibus, & vt loquũtur, qualitatibus, ſi teſtatoris volũtatẽ ſpectare volumus, id eſt, ita tamẽ vt in eã ipſam diẽ quam teſtator præſcripſit, nec citiùs fiat ſolutio: Aut vt ſi ſtatim nec expectata die ea quantitas præſtetur, lõgè plus in relicto quàm in legitima eſſe intelligatur. Ergóne, inquies, in bonis defuncti patris interea fi-

lius habebit nihil? ita prorſus. Eſt.n.quod ſibi imputet cur agnouerit relictũ
tantique æſtimauerit, legiti nã interim carere, vt tãto ampliorẽ quantitatem
ex teſtamento, ac proinde ad diem teſtamẽto dictam (ſi non priùs taxata eſ-
ſet legitimæ quantitas) conſequeretur. Potuit enim ſi † moram ſibi in legiti- 4
ma fieri noluit defuncti volũtatem abijcere, ipſámque legitimam ſtatim pe-
tere in corporibus rerum hereditariarum, ſi noſtris interpretibus credimus,
quibus tamen an hac in re credendũ ſit, ſequenti capite dicemus. Nam ſi quis
dicat, quod ego probabilius arbitror, non licere legitimario cui pecuniã pro
legitima, quantum ſatis eſt, teſtator dedit, repudiare voluntatem, & legitimã
petere in corporibus bonorum, nimis ſanè iniquum & inhumanum eſſet ſi
legitimarius diem à teſtatore præſcriptam pro tota legitima expectare cog e-
retur, ta metſi ſpem haberet recuperandorum aliquando fructuũ à die mor-
tis pro ea quantitate quam legitimæ iure debitam eſſe conſtaret. Cur enim
patiamur nihil eum interim habere, cui aliquid omnimodo iam deberi cer-
tum eſt? Quãquam remedij loco † induci poſſet vt ei ſumptus heres præſta- 5
ret, qui & alimentis eſſent neceſſarij, & legitimæ taxandæ: cuius ſanè taxatio,
&, vt loquuntur, liquidatio, vt plurimũ magnos litium anfractus, ingentém-
que expenſarum materiã ſecum trahit. Neq; verò in eo quicquã abſurdi eſt.
Idem.n. vſuuenire etiã ſolet cum exheredatus eſt filius, & querelã inofficioſi
teſtamenti exercere cogitur, *l. inſtitut. s. §. de inoſſicioſo.* D. *de inoff. teſt.* aut cum
alia de cauſſa patitur controuerſiã vniuerſorũ bonorum, *l. vlt.* C. *de ordi. cogn.*
Nec ſanè aliud quicquã eſt quod meliùs dici poſſit. Omnino.n. & neceſſariò
diſcutiendũ eſt ad quã vſque quantitatẽ aſcendat legitimæ cõputatio, vt ſcia-
tur pro quã relicti parte dies ſolutioni dicta reijci debeat, pro qua etiã parte
retineri. Aperta.n. eſt Iuſtiniani cõſtitutio † nolentis adiectæ diei vllã ratio- 6
nem haberi quantũ ad eam partem attinet, quę pro legitima debetur, haberi
autẽ pro reſiduo *d. §. cùm autem l. vlt.* C. *de inof. teſt.* Cuius conſtitutionis ma-
nifeſta ratio illa eſt, quod non ſicut legitimæ cõditio deterior, ita nec melior
fieri poteſt: Nihil.n. vetat aliquid relinqui ſupra legitimã, licèt minùs legiti-
ma relinqui non poſſit. Itaq; poſtquã conſtiterit amplius relictũ eſſe, quàm
pro legitima neceſſe eſſet, in eo quod excedet, voluntatẽ teſtatoris ſeruabi-
mus, nec legitimariũ ante diem agere volentem audiemus: in reliquo diẽ ſo-
lutioni dictã pro non adiecta habebimus: & fructuũ legitimæ ex die mortis
præſtandorũ obligationẽ inducemus. Neq; nocebit eo tẽpore, quòd legiti-
marius relictũ agnouerit, quãdoquidẽ ea diei adiectio per legẽ reijcitur, nec
poteſt videri contra leges facere, qui eo modo quo lex vult & iubet relinqui,
relictũ agnoſcit. Sed quandiu nõ conſtat quid & quãtum ſit in legitima, nec
proinde pro qua quãtitate dies adiecta ſit contra leges dico non poſſe inte-
rim recedi à teſtatoris voluntate, quia nihil eſt quod melius dici poſſit, defi-
citque intereà legitimario nõ ius petendę ſtatim legitimæ, ſed probatio eius
quotæ bonorũ, quę legitimã portionem conſtituat. Scio pleriſq; pragmaticis
† qui inſigniores ęquitatis arbitri videri volunt, placere hoc tẽperamentũ, vt 7
cautionib. res expediatur, id eſt, vt filio totũ id quod relictũ eſt ſtatim pręſte-
tur nulla diei habita ratione, in ſpeciẽ fiducię, & vt loquũtur, per modũ pro-
uiſionis, cũ eo tamẽ vt heredi caueat ſe ſi quid ſupra eã quantitatẽ acceperit
quàm pro legitima debeatur, repręſentatę pro ea parte ſolutionis incõmoda
ſarciturum arg. *l. 1. & tot. tit. ſi cui plus quàm per leg. falcid.* Sed quæro cur hac
in re filio magis quàm teſtatori ipſi pręſertim patri faueamus? Nã etſi filiũm

Digitized by Google

pater exheredaſſet inſerta cauſſa iuſta quidem,id eſt à Iuſtiniano adprobata, ſed non vera, quandiu de facti veritate quæreretur, in eámque rem querela inofficioſi teſtamenti exerceretur, nihil tamen interim filio deberetur præter ſumptus in cauſſam litis & alimentorum neceſſarios: cur ergo in propoſito quandiu incertum eſt quid & quantum filio debeatur, voluntatem teſtatoris omnino contemnemus, nullámque prorſus adiectæ diei rationem habebimus? Aut cur non æquè conſulamus heredi parato cauere, ſecius quantitatis, quam pro legitima debitam fuiſſe tandem conſtabit vſuras vice fructuum ex die mortis reſtituturum? Nam & ita fit vt indemnis filius ſeruetur cui interim, vt diximus, neceſſarij ſumptus ſubminiſtrantur, & teſtatoris iudicio quantum per leges licet, parcatur. Denique numquam debet quis vincere ob id ſolùm quòd ſatiſdare paratus ſit ſi aliam vincendi cauſſam nullam habeat. Longéque alia ratio eſt cautionis quæ præſtatur ex edicto, Si cui pluſquàm. Prodeſt enim illa legatario ad totum legatum interim conſequendum, quia habet ille pro ſe teſtatoris voluntatem, quam hîc non habet niſi contra ſe is qui legitimam in diem relictam totam petit ante diem. Probarem † magis vt in iure interrogare-
8 tur heres,quanti legitimam portionem quæ peteretur æſtimaret; eámque ipſam quantitatem quam diceret (neque enim nullam omnino dicere poſſet) ſtatim præſtaret, habita etiam ratione fructuum aut vſurarum ex die mortis: Pro reliquo autem finis euentúſque iudicij expectaretur, nulla ex parte interponendis cautionibus. Quid enim periclitari poteſt filius cui in reliquas res hereditarias parata ſemper erit actio? Quid rurſum, heres qui non niſi eam quontitatem præſtet, quam à ſe pro legitima debitam eſſe fateatur? Nudam ſanè repromiſſionem hinc inde interponi nihil vetat, propter incertum quantitatis quæ pro legitima minor maiórve deberi poteſt, & propter fructus quos ab altero alteri reddi oportebit ſi data quantitas iuſtæ portioni legitimæ non omnino reſpondeat. Non idem erit ſi quid pro legitima purè ſit relictum ei qui relicto non contentus, & repudiata teſtantis volútate malit legitimam petere in corporibus bonorum. Tantiſper enim dum quæretur de quantitate legitimę & bonorum ex ea cauſſa tradendorum,ſi legitimarius relictum petat repromiſſa reſtitutione aut imputatione, itémque fructuum aut vſurarum ad concurrentem vſque quantitatem compenſatione,nihil cauſſæ eſt cur non ſit audiendus,cùm habeat pro ſe defuncti voluntatem, quam heres impugnare non poteſt, & cui interim ſtari neceſſe eſt,nullo tamen ex ea re præiudicio alterutri generando. Eóque iure paſſim vtimur. Scilicet ex pragmaticorum ſententia qui putant eum qui ex re aut quantitate certa inſtitutus eſt pro legitima poſſe id quod ſibi relictum eſt repudiare,& legitimam in corporibus bonorum petere ac obtinere. Quod tamen an verum ſit, aut potiùs cur verum non putemus(iam enim diximus nobis id non probat) paullo fuſiùs tractandum eſt.

ERROR

ERROR SECVNDVS.

Si eam corporum aut pecuniæ quantitatem qua pro legitima relicta eſt, repudiauerit legitimarius, malitque legitimam habere in corporibus bonorum.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia interpp. is cui aliquid pro legitima relictum eſt ſiue in pecunia, ſiue in certis corporibus bonorum cogi non poteſt vt teſtatoris iudicium agnoſcat, ſed poteſt eo repudiato quod ſibi relictum eſt legitimam petere & obtinere in corporibus bonorum.*

2 *Quibus rationibus relatam ſuffulciant ſententiam.*

3 *Iuris veteris rationem propoſitæ ſententiæ repugnare: & ſeqq.*

4 *Iuſtinianus in §. repletionem. l. ſcimus C. de inoff. teſt. hoc vnum conſtituit vt repletio legitimæ fiat in corporibus rerum hereditariarum.*

5 *Si legitimam integram teſtator in pecunia dederit, non licet legitimario repudiare legatum, & pro pecunia petere corpora.*

6 *Si aliquid in pecunia pro legitima datum eſt quod legitimam, non, æquet, non licet legitimarie illud repudiare vt legitimam integrum in corporibus conſequatur.*

7 *Non eſt neceſſe vt ſupplementum legitimæ ſit eiuſdem naturæ & conditionis cuius eſt illud in quo legitima ſolui cæpta eſt.*

8 *Cur à Iuſtiniano conſtitutum vt ſupplementum legitimæ detur in corporibus bonorum.*

9 *Si in hereditate reperiantur nummi & fundi, non neceſſe eſt te ſupplementum legitimæ fieri debere tantùm in fundis.*

10 *Error pragmaticorum putantiũ legitimã deberi in bonis mediocribus, etiã eum in aliis à teſtatore aſsignata: & eiuſdem confutatio.*

NIHIL in praxi & in tribunalibus certius eſt & receptius quàm quod nos hoc capite probabimus, ni fallimur, eſſe falſiſ-
ſimum & à iuris ratione prorſus alienum. Id ſcilicet quod pra-
gmatici poſt interpretes putãt, Eũ cui aliquid pro legitima re- 1
lictũ eſt ſiue in pecunia, ſiue in certis corporibus bonorũ, cogi
nõ poſſe vt teſtatoris iudiciũ agnoſcat, et iãſi quod relictũ eſt ſufficiat ad legi-
timã portionẽ, ſed poſſe, ſi malit, repudiato eo, quod ſibi relictũ eſt, legitimã
petere & obtinere in corporib⁹ bonorũ. Pro qua ſentẽtia nõ habẽt iſti aliud 2
quod proferãt, niſi cõſtitutionẽ Iuſtiniani in *l. ſcimus 36. §. repletionẽ.* C. *de inof.
teſt.* qua cauetur, vt legitimã cui aliquid deſit, ex ipſis corporib. bonorũ reple-
ri oporteat. Si. n. repleri, cur nõ & totã confici? Addũt etiã intereſſe quàm ma-
ximè eius qui legitimæ petẽdæ ius habet, vt eã habeat in corporib⁹ bonorum
potiùs quàm in pecunia numerata, quæ ſcilicet faciliùs amittitur, nullóſq; ex
ſe fructus parit: legitimæ verò cõditionẽ nullomodo deteriorẽ fieri poſſe, ne
quidẽ teſtamẽto *l. quoniã in priorib. 32. eod.* Ego verò illud primũ admitti volo
quod omnes fatẽtur iuris veteris rationẽ huic ſẽtẽtiæ repugnare, dicturus po- 3
ſteà an, aut quo ius illud ex Iuſtiniani cõſtitutionib⁹ ſit immutatũ. Nã vt iure ci
uili teſtamẽtũ vſq; adeò firmũ eſſet ne per querelã inofficioſi reſcindi poſſet,
nihil aliud requirebatur, niſi vt legitimã integrã haberet ille qui de inofficio-
ſo alioqui cõqueſturus fuiſſe dũmodò haberet ex ſubſtãtia defuncti, adeóq; oc-
caſione & ob perſonã defũcti, licèt nõ ex ipſius ſubſtãtia, vt puta ſiquid filio,
patris contẽplatione ab extraneo donatũ proponeretur. Vnde etiã fiebat vt ex
fructib. quoq; rerũ hereditariarũ poſt teſtatoris mortẽ perceptis cõfici legi-
tima poſſet, ſi tamen ſufficerẽt ad quartã & quartæ fructus, tametſi nõ tã here-
ditati quàm rebus hereditariis accepto ferantur, *l. Papinianus 8. §. vnde ſi quis.*
D. *de inof. teſt. iũct. l. in fideicõmiſſaria 18. ad S.C. Trebell.* Multò minùs ergo cõ-
queri potuiſſet is, qui legitimã in pecunia numerata ex legato habuiſſet, ſi mo-

dò aut inſtitutus fuiſſet,aut exheredatus. Hoc enim ſemper requirebatur ad validitatem teſtamenti, quod alioqui non valuiſſet.Sublata verò conquerendi facultate,apparet non potuiſſe fieri vt ei cui legata eſſet pecunia,liceret repudiare legatum, & legitimam petere in corporibus bonorum.Quo. n.iure peteret?An ex teſtamento quo non fuerant legata corpora, ſed pecunia? An verò ab inteſtato ſubſiſtente firmáque manente teſtati cauſſa?Neq;ſanè id habet dubitationem ſi tollas Iuſtiniani conſtitutiones quæ contrà putandi nonnullā anſam præbuerunt. Videamus ergo quid Iuſtinianus conſtituerit. Hoc
4 vnū in *d.§.repletionem*.vt legitimę † repletio facienda ſit in corporibus rerum hereditariarum.Quod ego pro interpretibus,licèt ipſi aliter ſentiant eo quoque caſu locū habere volo quo id quod pro legitima teſtator dedit, pecunia fuerit:neq; enim lex diſtinguit,& conſtat cum ſemper morem teſtatorum fuiſſe qui, etiam nunc eſt vt legitimam portionem aut aliquid pro legitima darent in pecunia potius quàm in corporibus, ne qua fieret diminutio rerum
5 hereditariarum. Sed an ex eo fiet conſequens vt ſi legitimam † integram teſtator in pecunia dederit, licere debeat legitimario repudiare legatum,& pro pecunia petere corpora contra expreſſam teſtatoris voluntatem? Minimè verò neque de ea verbum vllum eſt in Iuſtiniani conſtitutione. At nec admit-
6 tendum puto,vt cùm aliquid † in pecunia pro legitima datum eſt quod legitimam non æquet, liceat legitimario quātulumcunque,id eſt repudiare vt legitimam integram in corporibus nanciſcatur. Tantum enim abeſt vt illa Iuſtiniani mens fuiſſe videatur, vt is è contrario hoc ipſo quod conſtituit repletionem in corporibus fieri debere, declaret ſatis nolle ſe in eo quod relictum eſt recedi à voluntate teſtatoris,nec proinde rem pro pecunia præſtari. Alioqui non de ſupplemento tantùm ſed de tota legitima loqui conſtitutio debuiſſet. In eóque ſanè à nobis ſuprà indultum eſt interpretibus plus quàm deberemus, ad finem vltimi capitis Decadis ſuperioris, cùm diximus poſſe hoc caſu locum habere quod interpretes & pragmatici volunt, ſupplementum legitimæ eiuſdem naturæ & conditionis eſſe debere cuius & illud in
7 quo legitima ſolui cœpta eſt.Nihil † enim hoc neceſſe eſt nec valet conſecutio,teſtator legatum pro legitima in pecunia dedit,ergo ſupplementum legitimæ in pecunia dandum eſt.Nā diſſimilitudinis ratio euidens hæc eſt, quod ad eam vſque quantitatem quæ teſtamento data eſt ſicut agitur ex teſtatoris expreſſa volūtate. Ita fieri nequit vt contra eam voluntatē aliud petatur quàm quod teſtamēto datum eſt. Pecunia verò data fuit, nō corpus. Pecunia igitur, non corpus peti debet;nec pro ea legitimæ parte lex vllo modo ſe interponit, quia neque neceſſe eſt. At ſupra eam quantitatem manca voluntate teſtatoris licèt ſupplementum legitimæ petatur quaſi ex teſtamento,(quia nec ab inteſtato peti poteſt quādiu teſtamētum ſubſiſtit, & ab inteſtato de portione hereditaria quærēdum eſſet, non de ſupplemēto legitimæ) neceſſe fuit Iuſtinianum ſe interponere, vt neque fraus legitimæ fieret, neq; eo prætextu quòd legitima integra relicta nō eſſet, reſcindi teſtamētum poſſet.Itaq;voluit Iuſtinianus ſupplemētum legitimæ haberi pro dato quod re vera datum nō fuit: cùmq; nō poſſet ex teſtamēti verbis aut ex præſūpta teſtatoris voluntate de-
8 cidi an in pecunia,an in corporibus dari deberet,placuit † debere in corporib. dari, nō ob id ſolùm quod ea ſentētia fauorabilior ſit legitimæ, ſed etiā quia nihil eſt quod melius poſſis dicere.Legitima enim quota portio eſt bonorum à defuncto relictorum,quæ quis ab inteſtato eſſet habiturus, ab inteſtato autem

tem non pecuniam pro rebus hereditariis, ſed res ipſas hereditarias pro ſua parte fuit habiturus. Nimirum, quod ad eam partem attinet, quę ex corporibus hereditariis haberi potuiſſet. Nam ſi ponereſ repertam eſſe in heredita- 9 te pecuniam ſicut & fundos, non puto eam Iuſtiniani mentem eſſe vt tota repletio fieri hoc caſu debeat ex fundis, ſed partim ex fundis, partim ex pecunia. Nulla enim fit iniuria legitimario ſi legitima portio ei detur ex rebus ſingulis quæ in hereditate reperiuntur, ſiue in pecunia, ſiue in corporibus conſiſtant: nec aliud ſentiſſe Iuſtinianum credibile eſt niſi vt non ſit in poteſtate heredis ſupplere legitimam in pecunia vt omnia & tota corpora ſibi retineat, ſed teneatur quatenus in corporibus hereditas eſt, eatenus quòd legitimæ portioni deeſt, in corporibus ſupplere. Licèt non ignorem alio iure nos vti ex pragmaticorum erroribus, quibus praxis tota plena eſt. Sed illud etiam multò abſurdius † & iniquius eſt quod pragmatici volunt, ſi le- 10 gitima in corporibus quidē hereditariis relicta ſit, ſed tamen in iis quæ ſint ex deterioribus, poſſe relictum repudiari, vt legitima in aliis bonis præſtetur, quæ nec ſint ex melioribus, nec ex deterioribus, ſed ex mediocribus. Etſi enim fateor ſi arbitrio boni viri præſtanda ſit legitima, æquiſſimum eſſe illud temperamentum vt in mediocribus potiùs quàm in alio bonorum genere adiudicatio legitimæ fiat, quemadmodum contingit ſi teſtator minus legitima reliquerit, & de ſupplemento tractari oporteat, cùm tamen pater viri boni officio functus bona ſua inter liberos diuiſit, & quænam pro legitima dari vellet, declarauit, cur aliud melius aut ęquius arbitriū requiremus? aut cur teſtamento quod valet, nec reſcindi vllo modo poteſt, non ſtabimus? conſtat enim vſque adeò fauorabilem eſſe illam ſupremi iudicii diuiſionem quam pater inter liberos fecerit, vt etiamſi facta ſit in minùs ſolenni ſcriptura aut voluntate, eam tamen iudex familiæ erciſcundæ ſequi & tueri omnino debèat *l. vlt. C. famil. erciſc.* Nec ad rem pertinet quod obiiciunt legitimam filio deberi in bonis mediocribus. Id enim falſum eſt, nec vllo iuris loco probabile. Nulla namque debetur legitima, cùm ſemel teſtamento data eſt, quia nec debetur niſi poſt mortem, teſtamentum autem fit à viuo patrefamilias, qui ſi ſic teſtetur vt legitimam integram dediſſe dici poſſit, nullum de legitimæ debito poſt mortem ſuam quærendi locum relinquit. Illud igitur duntaxat inſpiciendum eſt an legitimam integram dederit. Porrò non eo minùs integram dediſſe dici poteſt quòd dederit ex bonis deterioribus. Tantò plura enim data eſſe neceſſe eſt vt iuſta legitimæ æſtimatio cōpleatur arg. *l. ſi ſterilis.* D. *de reb. eo ſub tut. vel cur. ſunt.* Sed etſi quid deeſſet iuſtæ computationi legitimæ, propterea quòd deteriores fundi dati eſſent, repleri id deberet arbitrio boni viri, & quidem, vt iam dixi, ex mediocribus quantū ſupplementi debiti ratio pateretur, ſed non eo magis recedendum eſſet à voluntate teſtatoris, vt pro bonis deterioribus quæ dediſſet, dari mediocria oporteret, ne quidem ad concurrentem vſque deteriorum æſtimationem.

ERROR TERTIVS.

De legitima ſtatuto in totum tollenda vel minuenda.

SVMMARIA.

1 *Qu an legitima per ſtatutum tolli in totum poſſit?*

2 *Prima ſententia putantium legitimam aſcendentium t. ll poſſe: legitimā verò deſcendētium*

non item.

3 *Secunda indiſtinctè affirmantium vtramque tolli poſſe.*

4 *Tertia negantium.*

5 *In quo verſetur quæſtio propoſita.*

6 *Statuto fieri poteſt vt quis ab inteſtati ſucceſſione prorſus excludatur.*

7 *Apud Gallos & Auguſtanos liberis inteſtatis matres non ſuccedunt, niſi in mobilium certa parte & in vſufructu.*

8 *Tota ferè Italia fœminæ ſuccedere prohibentur fauore maſculorum.*

9 *In Galliæ pleriſque regionibus ſoli primogeniti ſuccedunt excluſis fratribus.*

18 *Filiæ per ſtatutũ à legitima excluſio alia cõditionalis, alia abſoluta, & quantum differãt.*

1 MAXIMA de hac re inter iuris interpretes contentio eſt, An legitima † per ſtatutum tolli penitus & in totum poſſit. Sunt enim qui
2 diſtinguant † inter legitimam quæ deſcendentibus & eam quæ aſcendentibus debeatur vt poſterior hæc tolli poſſit, illa non item, vt pote quæ fauorabiliori iure debita ſit, ex voto ſcilicet parentum, & naturali ratione, non vt hæc ſolo intuitu pietatis & miſerationis *l. ſcripto 7. §.*
3 *vlt. D. vnd. lib.* Aliis placet † diſtinctè, poſſe vtramque ſtatuto tolli: aliis deni-
4 que neutram † in totum tolli, ſed tamen vtramque minui poſſe ſicut & augeri, quam ſententiam pragmatici noſtri magis probant, & paſſim ſequuntur.
5 Ego quæſtionem † in eo eſſe arbitror, An ſtatuto fieri queat, vt à legitima inteſtati ſucceſſione excludatur is de cuius legitima portione diſputamus. Nunquam enim mihi perſuadebo, licèt vulgo aliter creditum ſit, fieri poſſe, vt ei qui penitus excluſus eſt ab inteſtati ſucceſſione ſiue per ſtatutum, ſiue per renunciationem, legitima vlla debeatur: cùm nihil aliud ſit legitima quam quota portio partis hereditariæ quæ ab inteſtato competitura eſſet ſi teſtamentum nullum factum proponeretur. *l. quoniam in prioribus. 32. C. de inoff. teſtam.* De quo, quia iam ſatis multa ſcripſimus in ſuperioribus Decadibus, erimus hic breuiores, nec eadem repetemus. Illud igitur duntaxat inſpiciendum eſt, an ſtatuto fieri poſſit vt quis ab inteſtati ſucceſſione prorſus exclu-
6 datur. Et puto † vix de eo poſſe dubitari, quin fieri poſſit. Ius enim ſuccedendi ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato ex legibus eſt, vt ſæpiùs monuimus, ideóque pro legiſlatorum arbitrio ſemper aliud atque aliud conſtitutum, auctum, diminutum, denique immutatum fuit. Quam in rem innumera adduci poſſent exempla nõ modò ex Romanorũ legibus, ſed etiã ex gentium omniũ moribus, niſi eſſent cuique obuia, ſaltẽ ea quæ ex iuriſprudentię noſtræ libris elici poſſunt. Atqui cùm de ſtatuto loquimur, de eo intelligimus quod ab iis factum ſit qui ſtatuendi iuris, legiſque condendæ ius & poteſtatem habeant. Cur ergo dubitemus quin ſtatuto fieri poſſit vt legitimus heres non ſit qui
7 alioquin futurus eſſet? Hinc illud nimirum eſt quod apud Gallos † ex conſtitutione regia, & apud Auguſtanos noſtros ferè ſimiliter, liberis inteſtatis matres non ſuccedũt præterquàm in mobilium certa parte & in vſufructu, ſicut nec ſuccedebant ante S.C. Tertyllianum, quo primùm cautum eſt vt poſ-
8 ſent ſuccedere. Item quod etiamnum tota ferè Italia † fœminæ ſuccedere pro-
9 hibetur ab inteſtato, fauore maſculorum. Et in Galliæ † pleriſque regionibus ſoli primogeniti ſuccedunt excluſis fratribus. Quid? quod heredis quoque inſtitutio nonnullis locis prohibetur? Denique ſemper ita ius, & vſus fuit vt pro locorum ac temporum varietate licuerit legiſlatoribus ſucceſſionum omnium ſiue teſtamentariam ſiue legitimarum iura conſtituere & commu-
10 tare. Multum tamen intereſt, meo iudicio, an filia † per ſtatutum excluſa ſit à legitima

legitima, ideò quòd ab inteſtati ſucceſſione penitus excluſa ſit, an ob id ſolùm quòd dotem à patre congruam acceperit. Talia enim ſolent eſſe vt plurimum verba ſtatutorum fœminas excludentiũ, vt ita demùm excludi eas velint, ſi dotatæ fuerint congruenter & cõpetenter, quomodo loquuntur. Quo caſu cùm non ſimpliciter, & abſolutè ſint excluſæ ab inteſtati ſucceſſione, ſed ſub ea veluti conditione ſi dotatæ ſint, videtur ea excluſio aliam quoque tacitam habere conditionem, illam nimirum quam renunciationibus iuratis futuræ ſucceſſionibus aut legitimæ portionis ineſſe diximus ſæpius, ſi hereditas aut legitima portio quandoque deferetur. Quandiu enim legibus quæ inteſtati ſucceſſionem deferunt, locus vllus relinquitur, non magis per ſtatutũ quàm per pactum fieri poteſt, vt excluſio præcedat delationem. Priore verò caſu cùm ſic concepta ſunt verba ſtatuti vt ab inteſtatorum parentum ſucceſſione penitus excluſæ ſint filiæ, licèt alia ſtatuti parte cautum ſit vt vel ali debeant vel dotari (vix enim eſt vt cum iis vſque adeò inhumanè agatur vt ab alimentis quoque excludantur, quod nec ſtatuto fieri ſanè poſſet, cùm ius petendorum alimentorum ex mero iure naturali ſit potiùs quàm ex legibus) non poteſt excluſio illa ſtatutaria tacitam habere conditionem, ſi hereditas aut legitima portio deferetur: quandoquidem diximus ſtatuto fieri, poſſe vt non tantùm acquiſitio ſucceſſionis, ſed ipſa etiam delatio impediatur: in cõque maior ſanè poteſtas & autoritas eſt ſtatuti quàm pacti, tametſi ſoleat dici poſſe per ſtatutum fieri ea demum quæ poſſunt fieri per pactum. Longè enim maior eſt vis ſtatuti, tanta ſcilicet quanta eſt legis quoties ſtatutum ab iis factum eſt, qui, vt diximus, condendæ legis ius habeant, cùm tamen non poſſit fieri pacto vllo ne leges locum habeant ſiue de teſtamentaria ſiue de legitima ſucceſſione controuertatur *l. nemo poteſt* 55. *de legat.* 1. *l. vlt.* D. *de ſuis & legit. l. quod bonis* 15. §. 1. D. *ad leg. falc.*

ERROR QVARTVS.

De legitima matris, ſuperſtitibus fratribus, extraneo herede inſtituto.

SVMMARIA.

1 *Quanta ſit legitima matris, cùm eius filius duobus fratribus ſuperſtitib.s, honeſtum extraneum heredem inſtituit.*

2 *Legitimam matris tertiam hereditatis partem eſſe debere ex communi interpretum placito.*

3 *Quæ ſit ratio ſuperioris ſententia.*

4 *Secundum Bartolum legitimam matris eſſe tertiam trientis; & quibus rationibus hoc ipſum confirmet.*

5 *Bartoli ſententiam probabiliorem eſſe, licet eius improbabiles ſint rationes.*

6 *Ius adcreſcendi in legitima locum habere poſſe contra Bartol.*

7 *Legitimam fratrum auctam eſſe, contra eundem.*

8 *Matri pro legitima debetur triens illius portionis quam ab inteſtato erat habitura, ſi cum duobus fratribus defuncti ſucceſſiſſet.*

9 *Ex eo quòd legitima nulla debetur fratribus, non ſequitur trientem hereditatis deberi matri.*

10 *Qui ad partem hereditatis legitima admitterentur, faciunt partem in computatione legitima, licet ad nullam legitima partem admittantur.*

11 *Erronea Baldi ſuppoſitio.*

12 *Ex ſolius matris perſona ineunda eſt ratio legitima, & conſequenter ex comparatione eius portionis quam ab inteſtato habitura erat mater ſi cum fratribus ſuccederet.*

13 *Refertur & refellitur ratio qua Paul. Caſtrenſis Bartoli ſententiam adſtruere conatur.*

14 *Fratrum hereditas fratribus vt debeatur.*

15 *Prateritio fratris honeſto herede inſtituto non eſt habenda pro exheredatione.*

16 *Mater preterita habetur pro exheredata eſtque hodie nominatim exheredanda.*

17 *Vniuerſali heredi prodeſſe ſolet exheredatio, non ſingulari.*

18 *Matri in minima quantitate pecuniæ inſtituta licet agere ad ſupplementum legitimæ.*

1 IAM olim tractata fuit hæc quæſtio † magnis cõtẽtionibus inter
nobiliores & vetuſtiores iuris noſtri interpretes, ſed ita tamen
vt vno excepto Bartolo cæteri omnes pro matre reſponderint,
ſcilicet defuncto filio ſuperſtite matre, ſuperſtitibus item
duobus fratribus, & extraneo herede inſtituto, non turpi perſona,
2 legitimam † matris tertiam eſſe debere totius hereditatis, non tertiam
trientis. In eo namque omnes concordare excepto *Bartolo* teſtatur *Caſtrenſis
ad l. planè* 34. *§. ſi duobus. ad finem. de legat.* 1. addens ſe quoque ex communi aliorum
ſententia ad propoſitam ex facto quæſtionem ita reſpondiſſe. Rationes
pleraſque adferunt ab ipſo etiam *Bartolo* relatas in *l. pater filium* 14. *D. de
3 inoff. teſtam.* ſed illam præcipuè quòd † fratres qui fratris teſtamento excluſi
ſunt à legitima ipſius ſucceſſione habendi ſint pro mortuis, & non exiſtentibus
quod ad eandam legitimæ computationem, quia certum eſt vſque adeò
eos excludi, vt nec ſpem vllam habeant vnquam ſuccedẽdi. Eſt enim ferè generalis
ea iuris regula, portionem deficientem eius qui nec admittitur, nec
admitti ſperatur, iis adcreſcere qui admittuntur, *l. vnic. C. quando non petent.
part.* Nam & in querela inofficioſi teſtamẽti in cuius locum actio ad ſupplementum
ſubrogata eſt idem euenire conſtat vt liberi qui per exheredationẽ
iuſtam aut per ſententiam excluſi ſunt à querela, non faciant partem cæteris,
imò nec excludant ſequẽtes in gradu, non magis quàm ſi ipſi in rerum natura
non eſſent *d. l. pater filium.* Idémque eſt ſi aut repudiatione, aut tẽpore ex-
4 cluſi proponantur, *l. qui repudiantis* 17. *l. ſi ponas* 23. *§. vlt. eod. Bartolus* † autẽ vt
contra ſentiat ex eo potiſſimùm mouetur, quòd in ſpecie propoſita non poſſit
mater ampliorem conſequi legitimam ex perſonis fratrũ excluſorum niſi
beneficio iuris adcreſcendi, *d. l. qui repudiantis. & dict. §. vltim. l. ſi ponas.* Atqui,
inquit, inter eos qui coniunctione tantùm legali coniuncti ſunt, vt ij
ſunt quos lex ſola ad inteſtati patrisfamilias hereditatem ſimul vocat, non aliter
ius adcreſcendi locum habet quàm ſi de vniuerſali ſucceſſione tractetur
l. 1. §. idem ait. D. de vſufr. adcreſc. quomodo tractabatur olim, cùm agebatur
querela inofficioſi teſtamenti, vt reſciſſo teſtamento locus fieret legitimæ
ſucceſſioni. Hodie non ſimiliter, cùm agitur ad ſupplementum, nec aliud
peti poteſt quàm legitima ipſa, quæ proculdubio vniuerſalis ſucceſſio nõ eſt,
nec rurſum quomodo interpretes loquuntur particularis, ſed prorſus ſingularis,
quoniam quota eſt bonorum non hereditatis, debita ſcilicet poſt deductum
omne æs alienum. *l. nam quod* 14. *§. non omnis. D. ad S.C. Trebell.* iunct.
l. Papinianus 8. *§. quarta autem* D. *de inoff. teſtam.* Igitur, inquit Bart. non poteſt
locus eſſe iuri adcreſcendi in legitima, præſertim cùm ſuccedant fratres
cum matre quod ad legitimam portionem attinet ex diuerſo iure, nimirum
mater ex iure nouo quo aucta eſt legitima aſcendentium ſicut & deſcendentium
vt ex quadrante fiat triens, fratres verò ex iure vetere quo nõ niſi quarta
debeatur. Sic enim *Bartolus* exiſtimat fratrum legitimam auctam non eſ-

ſe,

ſe, indeque mouetur vt eam pro ſe iuris regulam adferat, quæ habet, inter eos qui vocantur diuerſo iure ex diuerſis diſpoſitionibus non eſſe locum iuri adſcreſcendi, ſiue à lege, ſiue à teſtatore ius illud deſcendat, *l. ſed cùm patrono 7. D. de bonor. poſſeſſ. l. ſi ſub conditione 16. D. quibus modis vſusfruct. amitt.* Mihi opinio Bartoli † ſemper probabilior viſa eſt, ſed rationes quibus mouetur, nunquã placuerunt. Nam vt nihil nunc dicam aduerſus eam propoſitionem quam ille vt veriſſimam profert de iure adcreſcendi inter eos qui coniunctione tantùm legali coniuncti ſunt, non puto verum eſſe quod ille tam generaliter tradit, non poſſe ius adcreſcendi in legitima locum habere. Nihil enim vetat, quominùs locum habere poſſit, ſi modò voluntas teſtatoris, aut eius cuius portio deficit non refragetur, id eſt, ſi non appareat in fauorem alterius quàm collegitimariorum defeciſſe portionem, vt contingit ſi quis à petitione legitimæ idcirco excluſus ſit, quod fuerit exheredatus: ſiquidem pater filium exheredat non id facere intelligitur vt aliis liberis conſulat in ſola fortaſſis legitima inſtitutis, ſed vt hereditatis ſuæ liberiorem habeat diſpoſitionem in eius gratiam quem heredem ſcribere volet, ſiue ex liberis, ſiue extraneus ille ſit. Idem eſt ſi filia cùm nuberet viuo patre renuntiauerit paternæ ſucceſſioni adhibito iureiurando. Nam & hæc renuntiatio non tam fauore aliorum liberorum, ne maſculorum quidem facta intelligitur, quàm fauore ipſius patris, cui fit, arg. *lege ſi actionem 24. C. de pact.* & conſequenter defuncto patre prodeſt ipſius hereditati non fratribus, vt à nobis diſputatum eſt in ſuperioribus. Licèt *Caſtrenſ. in d. §. ſi duobus* contrà defendat filiam hanc haberi pro mortua, propterea quòd nullo vnquam inſtanti fuerit capax ſucceſſionis, ideòque fratrum legitimam minuere non debere: quod & nos etiam refutauimus. Poteſt autem in legitima locus eſſe iuri adcreſcendi, ſi fortè ponas eum cui legitima debebatur repudiando declaraſſe quod eam rem heredi patris prodeſſe nollet. Tunc enim etiamſi non adieciſſet repudiare ſe in gratiam fratrum, tamen fratribus amplior legitima deberetur, non alio vtique quàm adcreſcendi iure: alioqui ceſſione, & iurium tranſlatione non, repudiatione opus eſſet, ſi ius adcreſcendi locum non haberet. Sed etſi ponas ſimpliciter factam repudiationem, aut eum qui legitimam petere potuit excluſum eſſe tempore ne legitimam petere poſſit, non dubito quin cæteris fratribus ea res proſit vt ampliorem legitimam conſequantur: quia quamuis legitima portio non ſit ſucceſſio vniuerſalis, ſed ſingularis vt *Bartolo* ſatisfaciamus, æſtimatur tamen ex comparatione ſucceſſionis vniuerſalis, cùm nihil aliud ſit quàm triens debitæ portionis, *l. Papinianus 8. §. quoniam autem quarta. D. de inoffic. teſtam.* id eſt portionis hereditariæ ab inteſtato contingentis, *l. quoniam in prioribus 32. & authent. nouiſſima. C. eodem.* Atqui ſi de inteſtati ſucceſſione ageretur, repudiatio aut abſtentio ſimpliciter facta tantò ampliorem faceret portionem cuiuſq; ex fratribus coheredibus qui hereditatem agnouiſſent, vt & *Barolus* fatetur, quia eo caſu de vniuerſali ſucceſſione ageretur ex *l. ſeruus communis ab extero 67. D. de acquir. hered.* Quidni ergo ampliorem faciet legitimam ſaluo etiam manente teſtamento? At neque verum eſt quod vult *Bartolus* † fratrum legitimam auctam non eſſe. Nam Iuſtinianus in 7 *Nouell.* 18. *De trient. & ſemiſſ.* §. 1. poſt auctam legitimam liberorum, de qua ſola locutus fuerat ſubiicit in hæc verba *hoc obſeruando in omnibus perſonis in quibus ab initio antiqua quarta ratio de inofficioſo lege decreta eſt.* Itémq;

5 6

in capite ſequenti *omnibus alijs de inofficioſo poſitis legibus in ſua virtute ſer-*
uandis, præter ſolam quantitatem quam ad præſens auximus. Itaque vel faten-
dum eſt legitimam fratrum auctam eſſe ſicut & aſcendentium, aut nec aſcen-
dẽtium auctam fuiſſe. Magis puto auctã eſſe fratrum legitimam non ſolùm
ad trientem vſque, ſed etiã ad ſemiſſem pro numero fratrum ſi plures quàm
quatuor proponantur, vt ſcripſi *Decad.* 11. *capit.* 9. Vna igitur illa ratio me
mouet vt pro *Bartolo* cõtra interpretes ſentiam, quę tota pẽdet ex certiſſimo
principiõ iuris, quod legitima nihil aliud ſit, vt iam toties diximus, quàm cer-
ta ſtatutáq; portio patris hereditariæ ab inteſtato contingentis. *d. l. quoniam in*
8 *prioribus.* Atqui mater † ſuccedens cum duobus fratribus vtrimque cõiunctis
non tota hereditatem obtineret ab inteſtato, ſed æqualem duntaxat cum fra-
tribus portionem, id eſt trientem *Auth. defuncto* C. *ad* S.C. *Tertyl.* Nõ igitur
trientem totius hereditatis pro legitima habere debet, ſed trientem trientis
9 duntaxat. Nec quod fratribus † legitima nulla debetur, ad rem facit, quoniã in
ponenda legitimæ ratione, nõ qui in legitimæ petitione cõcurrant néene in-
ſpiciendũ eſt, ſed quis in ſucceſſione inteſtati concurſurus eſſet ſi ab inteſtato
10 ſuccederetur. Proinde qui ad partẽ hereditatis † legitimæ admitterentur haud
dubiè faciunt partem in cõputatione legitimæ, licèt ad nullã legitimæ partem
admittantur, nec admitti ſperentur. Idque ita eſſe in propoſita quęſtione eui-
dentiſſima ratione conuincitur. Alioqui enim ſequeretur ſi tres fratres eſſent,
futurũ eſſe vt plus haberet mater pro legitima quàm pleniſſimæ ab inteſtato
ſucceſſionis iure eſſet habitura. Haberet namque tertiã partẽ totius heredita-
tis, cuius tamẽ non niſi quartã ab inteſtato conſequi poſſet. Quis autẽ vnquã
audiit ampliorẽ deberi legitimam quàm hereditariam portionẽ? Nam ſi iſta
eſſet, eueniret ſanè vt imputãdũ eſſet patrifamilias cur inteſtatus nõ deceſſiſ-
ſet, quod quàm abſurdum ſit nemo non videt *l. poſthumus* 6. D. *de inof. teſtam.*
Quæ ratio cùm nec à *Baldo* nec à *Caſtrenſi*, & alijs qui ſecuti ſunt, interpreti-
bus ignorata ſit, neque habuerint illi quid reſponderent, mirari ſatis nõ poſ-
ſum cur illi niſi contradicendi ſtudio *Bartolum* improbarint. Nam quod *Bal-*
dus ad eludendã *Bartoli* rationẽ ſomniauit, totum trientem qui inter matrem
& fratres diuidendus eſſet, ſi ad legitimã illi admitterẽtur excluſis iis per in-
ſtitutionẽ honeſti heredis extranei, ad matrem ſolam peruenire non tam iure
adcreſcendi, quàm per amotionẽ, vt ipſe loquitur, obſtaculi, mihi prorſus ri-
11 diculũ videtur, licèt plerisque nõ inſubtiliter dictũ exiſtimetur. Supponit e-
nim † Baldus pro vero quod eſt falſiſſimum, Defuncto teſtatore qui matrem
& duos fratres ſuperſtites reliquerit legitimam portionẽ eſſe trientem, & de
eo ſolo dubitari an totum illum trientem habere mater debeat, an eam dun-
taxat portionem, quam habitura eſſet ſi fratribus virilis legitimæ portio de-
beretur. Idémque error eſt omnium qui diſputant hìc de iure adcreſcendi
ſiue locum habere putent, ſiue negent. Prius enim eſt vt certa res conſtitua-
tur quæ diſputationem de iure adcreſcendi admittat, quàm vt de iure adcre-
12 ſcendi tractari poſſit. Ego autem contendo, ſicuti nulla hìc legitima eſt quæ
debeatur fratribus, ita ex ſolius † matris perſona ineundam legitimæ rationem
& conſequenter ex comparatione duntaxat eius portionis quam ab inteſta-
to habitura eſſet mater ſi cum fratribus ſuccederet, Tertiam igitur tertiæ non
totius hereditatis deberi matri certum eſt: non ſecus acſi in ea tertia parte
tota defuncti hereditas conſiſteret. Nã quod ad reliquum beſſem attinet qui
ab inteſtato ad fratres peruenturus eſſet, non magis ratio vlla eius habenda
eſt ad

Digitized by Google

eſt ad legitimam matris augendam quàm ſi eſſet extra hereditatem. Cùm
ſi extra portionem matris hereditariam, quæ ſola inducit iuſtam legiti-
mæ computationem. Tot enim hereditates hac parte eſſe intelliguntur,
quot eſſent portiones hereditariæ ab inteſtato. Alioqui ſi verum eſt quod
nos diximus, fratrum quoque legitimam auctam eſſe ad ſemiſſem vſque ſi
plures quàm quatuor fratres ſint, ſequeretur perinde matris legitimam hoc
caſu ſemiſſem eſſe debere ſi fratrum qui cum matre ab inteſtato ſucceſſuri
eſſent perſonas numerare oportet ad legitimam matris conſtituendam. Quod
tamẽ nemo vnquam dicere auſus eſt, quoniam ſcilicet honeſto herede inſti-
tuto neque de fratribus, neque de eorum legitima quærendum eſt ad ineun-
dam legitimæ maternæ computationem, niſi vt tãtò minor illa ſit, quia & ab
inteſtato pars eius hereditaria propter concurſum fratrum minor eſſet. Et
hanc *Bartoli* ſententiam, quam nos probamus, ſecuriorem eſſe fatetur *Caſtrẽ-*
ſis, motus tamen, quod interpretibus ferè ſemper euenit, etiam cùm rectè ſen-
tiunt, falſa ratione. Ait † enim fratris præteritionem haberi pro exheredatio- 13
ne, exheredationem verò neque lucroſam neque damnoſam aliis eſſe opor-
tere propterea quòd eius qui alium exheredat voluntas illa ſit, quemadmodũ
diximus, vt heredi tantùm non etiam cæteris proſit. Hæc namque ratio in iis
demum perſonis locum ſibi vindicat, quas aut inſtitui aut exheredari neceſſe
eſt, hoc eſt quæ ſi non eſſent exheredatæ heredes eſſe viderentur: quod conti-
git quoties de liberis agitur, ſiue pater, ſiue mater teſtamentum feciſſe pro-
ponatur. Nam cùm parentum vtriuſque ſexus hereditas liberis debeatur ex
parentum ipſorum voto, nulla hac parte differẽtia vnquam fuit inter patrem
& matrem, niſi quod pater liberos nonniſi nominatim exheredare po-
tuit mater verò non ſolùm inter cæteros exheredare potuit olim, ſed
etiamſi non exheredaſſet, præteriiſſe ſufficiat, vt exheredaſſe credere-
tur, nimirum, quia patres habent ſuos heredes, fœminæ non item: *l.4.§.ad te-*
ſtamenta. D. de bon. poſſ. contra tab. At † fratrum hereditas fratribus non debe- 14
tur neque ex voto, neque ex ratione naturali, neque intuitu miſerationis &
pietatis, ſed quia nihil eſt quod melius dici poſſit cùm frater fratri ſit agnatus
proximus, quódque ita poſito iure vt agnatus proximus agnati familiam ha-
bere debeat, exiſtimandus ſit frater qui inteſtatus moritur tacito quodam iu-
dicio, fratrẽ ſcribere ſibi heredẽ *l.3.§.1.l. conficiũtur* 8. *D. de iur. codicil.* Proinde
nõ cogitur frater fratrẽ inſtituere aut exheredare, niſi vno illo caſu quo turpẽ
perſonam heredẽ habere malit, quod ſanè nõ impunè permittendum illi eſt:
Imò nec præteriti vnquam in iure noſtro dicuntur, niſi ij demum qui aut in-
ſtitui debuerunt aut exheredari: & cõſequenter nõ eſt cur † præteritionẽ fra- 15
tris honeſto herede inſtituto, pro exheredatione habeamus aut exheredatio-
ni cõparemus: quaſi verò frater, qui fratribus præteritis inſtituit extraneũ id
animo agitauerit, vt heredẽ ſuum faceret tãtò locupletiorẽ, quomodo agitat
parens qui filiũ ſuum ſiue expreſsè ſiue tacitè exheredat, ac non potiùs vt he-
redem ſibi eligat, perinde ac ſi fratres nullos haberet, quibus vtiq; nihil debet,
dummodò perſonã eligat honeſtã, non turpẽ: in matre † ſanè id verũ eſt eam 16
à filio præteritã hoc ipſo haberi pro exheredata, quia filius matrem inſtituere
cogitur aut exheredare, adeò vt nominatim quoq; exheredanda hodie ſit, ſic-
ut & mater filium nominatim inſtituere aut exheredare cogitur ex Iuſtinia-
ni *nouel.* 115. *§. aliud quoque capitulũ*, nec ſolùm nominatim in neceſſariũ an-
tecedens, ſed etiã ſic inſerta cauſa exheredationis vt dubitari non poſſit, quin

voluerit mater habere filiũ pro exheredato. Illud probabilius fortaſſe tentari poſſet ex Caſtrenſis ratione, Si fratres præteriti habētur pro exheredatis, mater autē quæ in aliquo inſtituta eſt, pro herede, proficere matri debere tacitã
17 fratrũ exheredationē. Sed non ita eſt: vniuerſali † enim heredi prodeſſe ſolet exheredatio, nõ ſingulari, qualis ille eſt qui ex re certa inſtitutus fuit. Deinde etiamſi maximè verum eſſet, quod vult ille, fratres præteritos exheredatorum iure cẽſendos eſſe, ne tamẽ ideò matris legitimã augeri oporteret tãquam ex tacita teſtatoris voluntate, illud obſtaret quòd ipſa quoque perinde præteriri olim potuerit atque fratres defuncti, & ita videri exheredata, hodie verò etſi nominatim inſtituenda eſt aut exheredanda, vt diximus, ſi tamen in minima quantitate pecuniæ ſit inſtituta, non poteſt ea inſtitutio facere quin à reliqua tota hereditate prorſus exheredata cenſeatur, quandoquidē volũtas teſtatoris quæ ex teſtamento colligitur, non poteſt alia argui, quàm quæ ex teſtamento ipſo probatur, & quatenus teſtamēti verba patiũtur. Et quãuis Iuſtiniani cõ-
18 ſtitutione in *l. omnimodo 30. C. de inoff. teſt.* liceat † matri agere ad ſupplementũ legitimæ non aliter quàm ſi tota legitima teſtamento data eſſet. Attamen in computanda ea legitima, idem omnino ſeruãdum eſt quod ſeruaretur ſi querelæ locus ſupereſſet, id eſt non maius ſupplementum petere mater poteſt quàm quanta eſſe legitima deberet ex iuris veteris ratione ad querelam inofficioſi teſtamenti excludendam. Quanta autem legitima eſſe deberet? Nimirũ quadrans aut ſi mauis ex nouiſſima Iuſtiniani lege triens trientis. Nam à reliqua hereditate potuiſſet mater impunè nullãque inſerta cauſſa exheredari: & hoc ipſo quod præterita fuiſſet, habita eſſet pro exheredata, nec querelæ cauſſam habuiſſet ſi modò legitimam portionem legati aliòve titulo accepiſſet: quia tacita fratrum exheredatio non potuiſſet ei prodeſſe quæ ipſa quoque exheredata reperiretur. Ergo eadem ratione dicendum eſt quòd hodie inſtituta ex nummo agere poteſt ad ſupplementum, acſi in tota legitima eſſet inſtituta, facere non debere vt plus conſequi debeat legitimæ nomine, quàm ſi aut expreſsè aut tacitè exheredata eſſet ſupra eam portionem quam alioquin ei relinqui oporteret ne cõqueri de inofficioſo poſſet. Nec ei prodeſſe quòd fratres præteriti pro exheredatis habeantur, quando & ipſa quoque licèt inſtituta in aliquo, à toto reliquo exheredata intelligatur. Maximè cùm ſoleant hodie teſtatores ferè omnes expreſſim prohibere ne quid amplius petere poſſint ij quos non niſi ex re certa volunt inſtitutos, quod & iam ipſis *Bartoli* temporibus in vſu fuiſſe apparet ex eius diſputatione.

ERROR QVINTVS.

De iure adcreſcendi quod heredi ex certa re inſtituto accommodatur.

SVMMARIA.

1 Cur velint interpretes legitimam inſtitutionis titulo relinquendam eſſe.

2 Qui ex re certa inſtitutus eſt, alio ex aſſe ſcripto herede legatarij, non heredis loco eſt, quamuis reclamante Bartolo.

3 Diſtinctio Bartoli à ratione aliena.

4 Inſtitutus ex re certa quàm multis modis differat ab herede vniuerſali.

5 Inter inſtitutũ in re certa & heredē vniuerſalem nõ poteſt locus eſſe iuri adcreſcendi. & n. 9.

6 Senten-

6 Sententiam l.1.§.ſi ex fundo. D.de hered. inſtit. Bartolo non fauere.
7 Vera lectio l.10.D.de hered. inſtit.
8 Qui ex re certa inſtitutus eſt nulla coherede dato, hereditatem obtinet.
10 Error interpp. & pragmat. putantium filium qui in legitima inſtitutus eſt, alio herede ex aſſe ſcripto, non ſolùm excludi à querela inofficioſi, ſed etiam ritè inſtitutum videri, vt teſtamentum valeat.

INTERPRETES noſtri † cùm legitimam portionē inſti- 1
tutionis titulo relinquendā eſſe volunt, eā potiſſimùm ra-
tionē adferūt, ꝙ inſtitutionis titulus non ſolùm honora-
bilior ſit propter nomen heredis, ſed etiam vtilior & cō-
modior, ſiue ꝙ heres ex re certa inſtitutus poſſeſſionē eius
rei propria autoritate occupare poſſit, nec expectata here-
dis volūtate citra metū interdicti *Quod legatorū*. Siue propterea quòd habere
poſſit ille ius adcreſcendi ſi fortè cōtingat ab herede ex aſſe ſcripto repudiari
hereditatē. De iure adcreſcendi nūc dicemus, dicturi capite ſequenti de inter-
dicto. Iā prędiximus *Decade ſuperiore* ſuſpectā nobis videri, & falſam hāc in-
terpretū & pragmaticorū traditionē. Qui.n. ex re certa † inſtitutus eſt, alio ex 2
aſſe adſcripto herede legatarij nō heredis loco eſt, *l.quoties 13.C.de hered.inſt.*
propter eas rationes quas nos eo capite adduxim⁹, vnde & peti volum⁹ ne hîc
repetamus. Et quāuis *Bart.* ad *d.l.quoties* ſcripſerit neq. heredis neq. legatarij
iure abſolutè eū cōſeri, ſed tertiā ſpeciē quandā cōſtituere heredis ex certa re
ſcripti, ea tamen diſtinctio nulla lege, nullâq. ratione probabilis eſt, ſicut nec
quod † ille ibidē ſubiicit inſtitutionē ex re certa naturā habere legati quod ad 3
rē ipſam attinet, heredē tamē ex re certa haberi ꝓ herede ratione iuris quod
ſibi cōpetit ob inſtitutionē. Nā cùm heredē faciat hereditas, quēadmodum &
legatū facit legatariū, apparet in huiuſmodi reb. perſonę ius nō niſi ex quali-
tate rei æſtimendū eſſe, ideóq. fieri nō poſſe vt ſi inſtitutio ex re certa legati
iure cēſenda eſt, inſtitutus ex re certa pro legatario nō habeatur. Quòd ſi pro
legatario habetur, ergo nō pro herede, quia toto genere differūt heres & le-
gatarius. Inde illud eſt quod inſtitutus † ex re certa trāſmittit ad heredē cōmo 4
dū inſtitutionis etiā nō agnitæ, vt *Bart.* quoq. fatetur, quia & legatū nō agni-
tū trāſmitteret, dūmodò legati dies vtiliter ceſſiſſet, *l.1.& tot.tit.quād.dies leg.
vel fideic.ced.* D.& c. Falcidiā quoq. patitur aliorū legatariorū exēplo, *l.ex fa-
cto 35.ff. de hered.inſt.* Creditorib. hereditariis non tenetur quia nec alij lega-
tarij tenentur. Non habet beneficiū nouæ legis quæ de edicto Diui Hadria-
ni tollendo à Iuſtiniano lata eſt, & de mittēdo ſtatim herede in poſſeſſionē
bonorū defuncti, *l.vlt.C.de edict.Diui Hadr.toll.* ſicut nec cōſuetudinariæ il-
lius poſſeſſionis quę à defūcto in heredē ipſo iure cōtinuata intelligitur, quia
nō legatariis ſed heredib. ſolis huiuſmodi beneficia & priuilegia cōpetūt. Sed
& rupto ex cauſſa pręteritionis vel exheredationis aut irrito facto teſtamen-
to cōſtat inſtitutiones ex re certa nō corruere, quoniā & legata conſeruantur
ex Iuſtiniani conſtitutione in *Auth. ex cauſſa.C.de liber.præter.* licèt corruant
inſtitutiones. Quæ cū ita ſint, prorſus cōſequens eſt, vt inter inſtitutū † ex re 5
certa & heredē vniuerſalē non poſſit locus eſſe iuri adcreſcendi, ſicut nec in-
ter heredē & legatariū eſſe poteſt quia ſuccedunt ex diuerſo iure *l.ſed eū pa-
trono 6.ff.de bon.poſſeſſ.l.ſi ſub conditione 16.D.de quib.mod.vſuſfr.amitt.* Neq.
verò quicquā eſt in quo poſſit *Bart.* dicere inſtitutū ex re certa loco heredis
haberi, niſi hoc ipſū de quo diſputamus.i. quod attinet ad ius adcreſcēdi.ſ.vt
repudiante vel ante aditionē decedēte herede vniuerſali inſtitutus ex re cer-

Digitized by Google

ta fiat heres ex aſſe,nec tamen trãſmittat in heredẽ ius illud adcreſcendi citra agnitionẽ,quia in eo,inquit *Bart.*ſapit naturã vniuerſalis inſtitutionis. Atqui cũ vtrũq; probandũ eſſet (nos.n.vtrumq; negamus & ius adcreſcendi vſum cõpetere & ad heredẽ quantũcumq; præcedente agnitione tranſmitti poſſe) neutrũ tamen *Bart.*probat,nec quiſquã ex iis qui *Bartolũ* ſequuntur. Nec illud rurſum quod idem *Bart.*ſubiungit. Ex inſtitutione in re certa cõfirmari tabulas pupillares,nedũ principale teſtamentũ:quod vtrũq; nos ſimiliter negamus. Vnus tãtũ iuris locus eſt,qui *Bartolũ* cęteróſq; omnes interpretes fe-
6 fellit.Is eſt† in *l.1.§.ſi ex fundo. D.de hered.inſt.*vbi tamen nihil aliud Vlp.ſcribit,niſi quòd ex fundo fuerit aliquis ſolus inſtitutus,valet inſtitutio detracta fundi mentione. Quod nos ſanè vltro fateremur vel tacẽte Vlpiano,quia cũ ex aſſe nullus heres ſcriptus eſt,non põt fieri vt qui ex re certa inſtitutus fuit legatarij loco habeatur:quãdò nec legatũ valeret nullo herede ſcripto. Nã & ſi duo ſint heredes inſtituti, vnus ex parte tertia fundi Corneliani,alter ex beſſe eiuſdem fundi, ſequimur expeditiſſimã Celſi & Sabini ſententiã vt detracta fundi mentione quaſi ſine partibus heredes ſcripti hereditate potiãtur, ſi modò voluntas patrifamilias manifeſtiſſimè nõ refragetur, vt idem Vlp. tractat in *l.quoties 9.§.ſi duo.eo.ti.*cui nõ valde diſſimile eſt quod in *l.ſeq.*Paulus ſcribit,ſi alterius atq.alterius fundi pro partibus quis heredes inſtituerit.
7 ſic†.n. legendũ eſt,nõ vt vulgò malè *pro æquis partib.*(perinde habendũ eſſe quaſi nõ adiectis partib.heredes ſcripti eſſent,aut potiùs,vt in fine legis ſcriptũ eſt,acſi teſtator neq.fundũ neq.partes nominaſſet,quanquã lõgè aliã eius loci lectionẽ & ſententiã eſſe arbitror,de qua dicemus *lib. 7. Coniectur.* Nũc enim nil neceſſe eſt ne ab inſtituta diſputatione longiùs aberremus. Sufficiat indicaſſe. Denique illud fatemur quod apertioribus verbis Papinianus ſcri-
8 bit in *l.coheredi 4.§.vlt.D.de vulg.& pupill ſubſtit.*cum qui† ex re certa inſtitutus eſt nullo coherede dato bonorum omnium hereditatem obtinere. At nos non de illo nunc diſputamus, ſed de eo qui è contrario ſit inſtitutus ex re certa, alio ex aſſe ſcripto. Non enim de iure adcreſcendi niſi inter duos
9 quæri poteſt. Hoc verò caſu ſiue heres† ille ex aſſe ſcriptus hereditatẽ repudiauerit, ſiue ante agnitam hereditatem deceſſerit,nego ius adcreſcendi habere eum; qui nonniſi ex certa re inſtitutus eſt, vt heres ex aſſe fiat, quia vt dixi,ſemper & iam inde ab initio,id eſt,ex quo teſtamentum factum eſt,cœpit ille haberi loco legatarij numquam heredis: non enim ſecuta aditio illius qui ex aſſe ſcriptus fuit,efficit vt ex re certa inſtitutum pro legatario haberi oporteat, ſed neceſſaria ratio iuris adeóque voluntas teſtatoris qui vtique non niſi accommodatè ad iuris rationem teſtari velle creditur, quando nec aliter velle poſſet: Cui porrò rationi iuris locus fit ex eo primùm inſtanti quo teſtator heredem ex aſſe ſcripſit,nec aditionis tempus in eam rem expectãdum eſt. Nam cùm fieri nequeat vt duo ſint heredes ex aſſe,nec videatur teſtator tranſiiſſe ad dupondium niſi cùm expleto primo aſſe ſecundùm aſſem attigit, id eſt, aliquam ſecundi aſſis vnciam adſcripſit (quod non fit per inſtitutionem ex re certa,quoniam as ex vnciis conſtat,nõ ex rebus certis & ſingulis)conſequens eſt vt qui ex re certa ſcriptus eſt,iam inde ab eo inſtanti cenſeatur iure legatarij, obſtante iuris ratione ne heres vllo modo, aut vlla ex parte,vel vlla ex re videri poſſit. Alioqui eueniret,vt in certa illa re duo eſſent heredes & domini in ſolidum,quia non ſicut legatum,ita & inſtitutio ex re certa dici poteſt delibatio hereditatis, niſi hoc priùs admiſſo, vt legati iure

iure cenſeatur, quemadmodum ſupradicto loco à nobis fuſiùs diſputatum eſt. Vbi etiam, & ex iiſdem rationibus probauimus quàm falſum ſit quod interpretes & pragmatici omnes volunt; filium qui in legitima heres inſtitutus ſit, alio herede ex aſſe ſcripto, non ſolùm excludi à querela inofficioſi teſtamenti,ſed etiam ſatis ritè inſtitutum videri vt teſtamentum valeat. Fateor equidem teſtamento ſubſiſtente excludi eum à querela ob inſtitutionem in certa re factam, quia & per legatum excluderetur, cùm nulla Iuſtiniani aut alterius Imperatoris lege derogatum ſit hac parte iuri veteri, quo cautum erat vt quoquo relicti titulo legitimam datam fuiſſe ſatis eſſet. Sed nego valere teſtamentum in quo filius neque heres, neque exheres ſcriptus ſit,tametſi dodrantem, ſi voles, hereditatis habeat ex rei certæ inſtitutione, ideóque contendo neceſſarium iam olim fuiſſe vt ex aliqua aſſis parte inſtitueretur vel exheredaretur, *l. inter cætera* 30. *de liber. & poſthum.* Hodie verò hoc plus eſſe ex Iuſtiniani *Nouel.* 115. *§. aliud quoque capitulum*, quòd ſi inſtitutus non ſit, non ſufficit vt quomodolibet ſit exheredatus etiamſi legitimam integram habeat, ſed exheredationi cauſſa inſerenda eſt & quidem iuſta vt teſtamentum vires habeat, adeóque probanda per heredem, ne alioqui teſtamentum, quod ab initio valuit, in eo ſit vt per querelam inofficioſi teſtamenti reſcindi poſſit. Hunc enim nouæ conſtitutionis ſenſum eſſe iam docuimus.

ERROR SEXTVS.

De inſtituto ex re certa poſſeſſionem eius rei occupante propria autoritate.

SVMMARIA.

1 *Interdicti* Quod legatorum, *quæ fuerit ratio.*
2 *Ad quæ legata pertinuerit.*
3 *Cur ad fideicommiſſa olim non pertinet.*
4 *Cur inſtitutus ex re certa ſi poſſeſſionem eius rei propria autoritate occuparet, non teneretur interdicto quod legatorum: nec etiam hodiè teneatur.*
5 *Reiicitur ſententia Bartoli & aliorum qui cenſent ex inſtitutione in re certa, alio herede adſcripto, confirmari teſtamentum, ita vt non expectata heredis aditione poſſit qui ita inſtitutus eſt rem capere.*

INTERDICTI † *Quod legatorum*, edicto Prætoris proponendi ratio illa fuit, quòd inciuile videretur permitti legatario vt ſibi ipſi ius diceret, reique ſibi legatæ licèt iam ſuæ poſſeſſionem propria autoritate & inconſulto herede naneiſceretur: ideóque nec interdicto locus eſt, ſi ex heredis qualiquali voluntate poſſeſſio illa occupata probetur: multo minùs verò ſi teſtatoris volũtas illa fuerit, vt ius haberet legatarius nanciſcendæ propria autoritate poſſeſſionis. Voluntatem enim teſtatoris in omnibus ſeruandam eſſe conuenit. Vnde fiebat vt ſi per vindicationem, aut per præceptionem, aut per ſinendi modum legatum fuiſſet, interdicto locus eſſe non poſſet, quia verba illa quibus in eam rem teſtatores vti ſolebant, *Capito, Præcipito, Heres ſinito habere*, & ſimilia non obſcuram hanc teſtatoris mentem præ ſe ferebant. Pertinebat † igitur interdictum illud ad ea duntaxat legata quæ per damnationem relicta erant, quorum vſus erat frequentior, & quorum naturam cæteris omnibus legati generibus inditam voluit Iuſtinianus hac parte, vt per manus he-

redis legata omnia quibuſcunque tandem verbis teſtator vſus ſit, præſtentur ab hereda, & per manus heredis. De quo tam multa ſcripſimus *lib. 6. Coniect. cap. 1. & 2.* vt hîc pluribus agere pretium operæ eſſe non arbitremur. Illud addendum eſt quod nemo fortaſſis obſeruauit, non pertinuiſſe interdictum
3 † illud ad fideicommiſſa, ſed tantùm ad legata vt ex primis interdicti verbis apparet. An quod fideicommiſſarij cauſſa fauorabilior videretur, vt ei licere deberet ius ſibi dicere in occupanda rei fideicommiſſæ poſſeſſione? Minimè. Minus enim iuris acquirebatur fideicommiſſario ex fideicommiſſo, quàm legatario ex legato, erántque fideicommiſſa ſimiliora legatis per damnationem, quàm cæteris, ideóque vtplurimùm ſolebant teſtatores fideicommiſſi verbis legata per damnationem confirmare, vt ex iuris noſtri locis penè innumeris colligi poteſt. Sed quia non ſicut ex cauſſa legati transferebatur dominium rei legatæ rectà via à teſtatore in legatarium *l. à Titio 64. de furt. l. legatum 80. de leg. 2.* Ita & in fideicommiſſarium ex fideicommiſſo, propterea quòd lex duodecim tabularum quę legata non ſolùm confirmauerat, ſed etiam induxerat iis verbis *Paterfamilias uti ſuper ſua re legaſſit, ita ius eſto*, de fideicommiſſis nihil locuta fuerat. Ex quo illud etiam eueniebat vt ſecuta quoque traditione ex cauſſa fideicommiſſi dominium tamen non eo magis fideicommiſſario acquireretur, ſed poſſeſſio duntaxat *l. 3. D. ſi vſusfr. petet.* quia ſcilicet numquam nuda traditio transfert dominium, ſed ea demum quæ iuſtam & legitimam cauſſam habet *l. numquam nuda 20. D. de acquirend. rer. domin.* id eſt iure ciuili cognitum & adprobatum. Fideicommiſſa autem ſiue vniuerſalia ſiue ſingularia nullo iuris vinculo, ſed ſolius prætoris fideicommiſſarij auxilio defenduntur. Proinde ſi fideicommiſſarius propria autoritate occupaſſet rem ſibi ex fideicommiſſo debitam, poterat heres eam rem ab illo auferre propoſita vindicatione quæ domino datur contra quemlibet poſſeſſorem: nec egebat interdicto & auxilio prætoris cùm pleniore ciuilis & ordinariæ actionis remedio ſatis ei cautum eſſet. At non ſimiliter contra legatarium qui in legato propria autoritate occupando ſibi ius dixiſſet, poterat heres vindicationem exercere, quandoquidem non heres, ſed legatarius ipſe dominus erat rei legatæ, etiamſi poſſeſſio ipſa legati adhuc penes heredem eſſet. Fuit itaque neceſſarium auxilium prætoris vt heredi aduerſus legatarij audaciam ſubueniretur: præſertim ſi aliunde intereſſet heredis, vt puta propter falcidiam, cuius ex legatis non modò deducendæ, ſed etiam retinendæ ius haberet. Hodie igitur redactis fideicommiſſis ad inſtar legatorum, maximè ex Iuſtiniani conſtitutionibus, ſicuti dubitandum non eſt quin fideicommiſſi dominium exemplo legatorum tranſeat rectà viâ à teſtatore in fideicommiſſarium. Ita fateri oportet interdictum illud, Quod legatorum, non minùs ad fideicommiſſa quàm ad legata pertinere. His præmiſſis difficile non eſt intelligere quid iuris olim fuerit
4 in herede ex re certa inſtituto: Nam † etiamſi heres nullomodo ſit alio herede ex aſſe aut ex aſſis parte aliqua ſcripto, fieri tamen non poteſt vt minus iuris habuerit olim quàm is cui per præceptionem aut per vindicationem, aut ſinendi modo legatum eſſet. Ideóque, meo iudicio, non poterat teneri interdicto Quod legatorum, ſi rei ſibi relictæ ſub inſtitutionis nomine poſſeſſionem propria autoritate occupaſſet, vt & inſtitutionis & heredis nomen ipſi hactenus ſaltem prodeſſet ne ab alio poſſeſſionem petere cogeretur, quam nec heres ab alio accipere ſolet aut poteſt quàm à ſeipſo. Sed tamen

tamen non rectè ex eo inferas, quod interpretibus placet, haberi eum hac
parte pro herede, cùm & in aliis pleriſque legatariis qui vtique nullo caſu
heredes videri poterãt idem obtineret. At cùm hodie legatis omnibus quo-
cumque tandem modo relicta fuerint, vt diximus, commune illud ſit vt per
manus heredis præſtari debeât, ne alioqui locus fiat interdicto, dubitari ma-
gis poteſt idémne hodie obtineat in inſtitutione facta ex re certa, an verò
illud ex iure vetere ſuperſit, vt liceat inſtituto propria autoritate poſſeſſionē
illius rei occupare. Magíſque eſſe arbitror vt debeat licere, non quaſi hodie
potiùs quàm olim haberi debeat pro herede is qui ex re certa inſtitutus eſt,
ſed quia poſt omnes quoque Iuſtiniani conſtitutiones perinde hodie verum
eſt ac olim fuit, poſſe fieri ex voluntate teſtatoris vel legatarius non expecta-
ta heredis voluntate occupet rem legatam. Ea verò voluntas teſtatoris vide-
tur mihi ſatis aperta cùm aliquem heredem inſtituit ex re certa, longéque a-
pertior, quàm ſi per vindicationem aut per præceptionem, aut per ſinendi
modum leget, quia, vt dictum eſt, ipſum heredis & inſtitutionis nomen hoc
ſonat vt propria autoritate occupari res poſſit. Sed nõ vſq; adeò *Bartolo* & cæ- 5
teríſq; interpretib. & pragmaticis blãdiri poſſum, vt velim admittere, ex hu-
iuſmodi inſtitutione quę facta ſit in re certa alio herede adſcripto cõfirmari
teſtamentum, ita vt liceat ei qui ſic inſtitutus eſt rem capere, non expectata
heredis aditione. Nam ſi verum eſt, vt eſt, quod nos toties inculcauimus, hũc
ex re certa inſtitutum legatarij iure in omnibus cenſeri, non magis certè fie-
ri poteſt vt agnitione talis inſtitutionis confirmet teſtamentum, quàm ſi a-
liud quodlibet legatum agnoſceret vulgaribus legatorum verbis, & for-
mulis relictum. Iuris enim regula eſt non adita ex teſtamento heredi-
tate omnia corruere quæcumque teſtamento continentur. *l. ea quam* 14. *C.*
de fideicomm. Ergo & inſtitutiones ſingulares, ex quibus nimirum non
magis quàm ex legato adiri hereditas poteſt. Delatio enim vt aditionem
præcedat neceſſe eſt, *l. delata* 151. *de verborum ſignificat.* Nemo autem dixerit
deferri hereditatem à teſtatore aut à lege ei qui nõ niſi ex re certa inſtitutus
eſt, alio herede ſcripto, ex aſſe aut ex aliqua aſſis parte, ſiue poſtea heres
ille repudiauerit hereditatem, ſiue ante aditam eam deceſſerit. Quòd enim
ex aſſe aut ex aliqua aſſis parte ſcriptus fuit, ſufficit vt appareat teſtatorem
cùm alium ex re certa inſtitueret non cogitaſſe de hereditate ei deferenda
quam vtique duobus in ſolidum eodem tempore deferre non potuit, ſed
tantùm per viam ſubſtitutionis pluribus heredum gradibus conſtitutis.
Porrò cui teſtator hereditatem non detulit, neque lex vnquam defert ex
teſtamento: quoniam legis poteſtas hac parte in eo tantùm elucet, vt te-
ſtatoris voluntatem adiuuet atque confirmet: Abſurdum igitur eſt dice-
re inſtitutum ex re certa iux habere agnoſcendæ inſtitutionis eiuſmodi non
adita per heredem vniuerſalem hereditate: illud verò abſurdius exiſtimare
ex hac agnitione confirmari teſtamentum quaſi hereditate agnita per vnum
ex heredibus, cui etiam inuito adcreſcere debeant cæterorum repudiantium
vel præmorientium portiones. Denique & conſequenter illud abſurdiſſi-
mum quod addunt, Eiuſmodi agnitione pupillares quoque tabulas confir-
mari. Neceſſe enim eſt vt principale teſtamentum confirmatũ ſit priuſquam
de pupillaribus tabulis tractari poſſit.

ERROR SEPTIMVS.

Si teſtator ius adcreſcen'i ei prohibuerit quem ſolum ex certa re ſcripſit heredem nullo adſcripto coherede.

SVMMARIA.

1 *Error interpp. putantium teſtatorem ius adcreſcendi ei prohibere poſſe quem ex certa re ſcripſit heredem nullo adſcripto coherede.*

2 *Relati erroris confutatio: & ſeqq.*

3 *Quæ faciant pro inſtituto ex certa re contra heredem legitimum.*

4 *Aduerſus errorem interpretum inducitur l. ſi ita quis. 74. D. de hered. inſtit. & ad eam reſponſiones Bartoli confutantur.*

5 *In ſpecie l. ſi quis priore 29. D. ad SC. Trebell. inſtitutus ex re certa non eo minus ex toto aſſe ſcriptus intelligitur, quòd alij heredes ſint alio ꝯ priore teſtamento inſtituti: tametſi teſtator voluerit prius teſtamentum valere.*

6 *Ad d. l. ſi quis priore quorundam reſponſio, & eius refutatio.*

7 *Cur in d. leg. heredes priore teſtamento ſcripti nullum ius habeant in hereditate, niſi vt eam ex fideicommiſſo poſſint petere.*

8 *Herede ex certa re ſic inſtituto, vt tamen prohibitus ſit ſuccedere in reliqua hereditate fauore legitimi heredis, an huic ius ſit petenda ex fideicommiſſo hereditatis.*

9 *Quæ ſit dubitandi cauſa in d. l. ſi quis priore.*

10 *Quæ item dicendi ratio.*

11 *d. leg. à Triboniano videri interpolatam.*

12 *Accurſiana d. leg. interpretatio reiecta.*

13 *Errorem num. 1. propoſitum non rectè à Bartolo adſtrui ex l. ſi Titius 26. D. de condit. inſt. & quæ ſit d. l. vera ſententia.*

14 *Bartolum non eſſe aſſecutum veram ſententiam l. quoties. 9. §. ſi duo. D. de hered. inſtit. eaque abuſi ad ſuum errorem ſtabiliendum.*

15 *d. l. quoties. 9. ad Triboniani interpolatum eſſe, aut aliquo inepto interprete.*

16 *Poſtrema Bartoli ratio deducta ex l. pen. D. de iniuſt. rupt. & l. ſi poſthumus. 14. de lib. & poſt. refertur & refellitur.*

17 *Baldi diſtinctio in quæſtione an teſtator poſſit prohibere ius adcreſcendi heredi inſtituto in certa re, & eius reiectio.*

FAVENT interpretes plus æquo heredi ex certa re inſtituto cùm haberi eum volunt in quibuſdam pro herede, qui tamen in omnibus habendus eſt pro legatario, quoties alius heres aut ex aſſe, aut ex aliqua aſſis parte adſcriptus fuit. Iidem faciunt iniuriam heredi ex certa re inſtituto, cùm de-
1 fendunt † poſſe ei prohiberi ius adcreſcendi à teſtatore, tum etiam cùm nullus illis coheres datus eſt, id eſt, poſſe teſtatorem facere vt is quem ex re certa heredem ſcribit, non ſolùm ex aſſe heres non ſit, ſed ne quidem ex ea ipſa re in qua ſcriptus fuit. Sic enim *Bartolus ad l. quoties 9. §. ſi duo* D. *de hered. inſtit.* cuius ſententiam licèt non omnibus probatam plures tamen & frequentiore calculo interpretes ſequuntur, ego proba-
2 re nullomo poſſum. Non † enim in teſtatoris facultate & arbitrio magis poſitum eſt, vt faciat ne qui heres ex fundo inſtitutus eſt nullo dato coherede, heres ſit in ſolidum, quàm vt prohibeat ne leges locum habeant in ſuo teſtamento, quod tamen certum eſt facere eum non poſſe. *l. nemo poteſt 55. de leg. 1.* Nam ſtatim atque heres quis ſcribitur ex certa re ab eo qui alium heredem aut ex aſſe aut ex aliqua aſſis parte, aut ſine parte & ſine re ſcribere non vult, ſuccedit poteſtas legis quæ ſicut teſtamenti faciendi heredíſque ſcribendi ius concedit, in eámque rem inducit hereditatem per

per quam heres fieri quis poſſit, ita fundi mentionem detrahit ex inſti-
tutione, vt eâ detractâ remaneat inſtitutio ſine re & ſine parte, ac proin-
de vniuerſalis *l. prima, §. ſi ex fundo. & dict. §. ſi duo l. 9. de hered. inſtit.*
Sublata autem fundi mentione, & quidem ipſo iure, ſoláque legis po-
teſtate, apparet nihil omnino referre an ita teſtator ſcribat *Titius heres e-
ſto, ſed ita tamen vt nihil præter fundum Tuſculanum petere poſſit*, an ita po-
tius *Titius heres eſto ex fundo Corneliano, ita tamen vt nihil iuris habeat in re-
liqua mea hereditate.* Atqui priore caſu negari non poteſt quin Titius ex
aſſe ſcriptus ſit: nec adiectio illa, *Sed ita tamen vt nihil præter fundum Tuſ-
culanum petere poſſit*, vires vllas habet ad vniuerſalem illam inſtitutionem
euertendam aut labefactandam. Melius enim eſt vt adiectio illa vitietur,
quàm vt inſtitutio corruat quæ ſubſiſtere cômodè poteſt. Quis enim credat
teſtatorem qui accedit ad factionem teſtamenti, eo animo accedere vt ni-
hil agat, aut legum auxilium implorari ſine quibus teſtari non poſſet, vt
contrà quàm leges ferant teſtetur? ac non potiùs vt heredem ſibi eligat
ex teſtamento, ne ab inteſtato habeat eos quos alioquin lex datura eſſet?
Nam quid obſecro apertius, ſi non ex iure tantùm, ſed ex mente etiam
teſtatoris diiudicanda res eſt, quàm eum qui teſtatur, heredémque ſcribit
extraneum vel in minima re hereditaria nolle ſucceſſionem inteſtati lo-
cum habere? Ex qua ſcilicet futurum eſſet vt inuito patrefamilias heres
legitimus cum vniuerſa hereditate haberet etiam rem illam ex qua pater-
familias, teſtamento alium heredem habere voluiſſet. Nemo enim dubi-
tat, quin nemini liceat facere quominus heres legitimus totum defuncti
patrimonium conſequi debeat ſi modò ſucceſſioni inteſtati locus relinqua-
tur: Cuius impediendæ & excludendæ gratia, vnum illud remedium ſu-
pereſt, vt teſtamentum fiat per quod extraneus heres legitimo præferatur.
Itaque quantumuis teſtator qui Titium heredem inſtituit ex fundo Corne-
liano prohibuerit ne ad Titium reliqua hereditas perueniret, adeóque ex-
preſſa hac, ſi voles cauſſâ, *fauore agnati proximi quē in reliqua hereditate legi-
timum heredem habere velit*, æquè tamen aperta eſt ipſius voluntas, quòd
nolit vniuerſam legitimam hereditatem ad agnatum proximum peruenire,
ſed ab ea vniuerſitate excipi fundum Cornelianum, quem malit Titio ac-
quiri, & quidem iure & titulo heredis, adeóque ex teſtamento, eum ab
inteſtato nullum ius habeat extraneus ſuccedendi cum proximo agnato.
Cur ergo legitimo heredi magis faueamus vt cauſſa inteſtati trahat ad ſe
cauſſam teſtati, quemadmodum *Bartolus* loquitur, quàm Titio heredi te-
ſtamentario vt legitima ſucceſſio per teſtamentum impediatur. Vrget† enim 3
pro Titio fauor teſtamenti qui ſemper maximus & præcipuus eſt *l. ſi pars
10. D. de inoff. teſtam.* Vrget ratio iuris quæ heredem ſolum ex certa re in-
ſtitutum pro herede vniuerſali habet. Vrget etiam illa iuris regula quæ non
patitur vt ab inteſtatato ſuccedatur, quandiu ex teſtamento ſuccedi poteſt, vr-
get denique voluntas teſtatoris cui euidenter vim fieri neceſſe eſt ſi legitimæ
ſucceſſioni locus fiat, quæ locum habere nullomodo poteſt quin legitimus
heres vniuerſam hereditatem habeat, & conſequenter fundum Cornelianū,
ex quo tamen Titium inſtituere teſtator voluit ob hoc ipſum ne ad legitimū
heredē perueniret. Cōtrà verò, nihil pro legitimo herede vrget præter verba
illa teſtatoris, quibus cauit, expreſsimq; prohibuit ne Titio inſtituto ex fundo
Cornelio reliqua hereditas adcreſceret. Igitur cùm offendi teſtatoris vo-

luntatem neceſſe ſit, ſiue pro Titio, ſiue pro legitimo herede reſpõdeas, quid ſupereſt niſi vt curemus ne iuris rationem offendamus? quæ porrò ſi pro Titio reſpondebis, non offenditur; ſin pro legitimo herede, haud dubiè offenditur. Iuuátque maximè hanc noſtram ſententiam†, quod *in l. ſi ita quis* 74. *D. de hered. inſtit.* Licinius Rufinus ſcribit ſi ita quis heres inſtitutus fuerit *excepto fundo*, aut *excepto vſufructu, Titius heres eſto* perinde eſſe iure ciuili atq; ſi ſine ea re, id eſt ſine ea exceptione inſtitutus eſſet, idque autoritate Galli Aquilij factum eſſe, nimirum quoniam alioqui fieri non poſſet vt teſtamentum valeret, quod vniuerſam defuncti hereditatem non complecteretur. In ea namque ſpecie ſicut & in illa de qua diſputamus, fit proculdubio contra voluntatem teſtatoris cùm heredi ſcripto eum quoque vſumfructum vel fundum damus quem ab vniuerſali inſtitutione exceptum eſſe teſtator expreſsim voluit. Quid enim refert ſiue iuris rationem, ſiue teſtatoris voluntatem intueare, an teſtator nolit contineri inſtitutione fundum aliquem hereditarium, an quicquid in hereditate eſt præter fundum? Nimiſque ſubtilis eſt *Bartolus*, cùm reſpondet, aliud eſſe excipi fundum ab inſtitutione vniuerſali vt non videatur conceſſus, aliud verò prohiberi fundum ne reliquæ hereditati adereſcat. Nam ſi plus voluntati teſtatoris quàm iuris rationi tribuendum eſſet, an non abſurdum foret ac contra defuncti voluntatem ſi fundus ille daretur ei quem teſtator in tota hereditate excepto fundo inſtituiſſet? Et illa inſtitutio *heres eſto excepto fundo* an non hunc ſenſum habet *In fundo heres ne eſto, in reliqua hereditate heres eſto?* Nec ſubtilior meo iudicio, ſecunda eiuſdem Bartoli reſponſio, tametſi vulgò probata, diſtinguentis an ſimplex & vniuerſalis inſtitutio præceſſerit, & ſubſecuta ſit exceptio fundi, vt *in dict. l. ſi ita quis*, an verò præceſſerit datio rei certæ, & ſubſecuta ſit prohibitio & excluſio vniuerſalis vt in ea ſpecie de qua tractamus. Quaſi priore caſu heredi vniuerſali fundus à ſeipſo inutiliter ademptus videatur ex *l. ſed ſi conditioni* 6. *§. vltim. eod. tit. D. hered. inſtit.* Poſteriore verò non poſſit videri ademptum, quod nunquam fuit datum. Nam vt taceam verba illa *excepto fundo* non adẽptionis verba eſſe, ſed exceptionis, cuius ea vis eſt vt faciat ne quod excipitur ab vniuerſali diſpoſitione, in ea contineri videatur: Admittamus quod vult *Bartolus*, & in propoſito verum eſt, iis verbis *excepto fundo* fundum heredi ademptum intelligi, propterea quòd fieri non poterat vt vniuerſali inſtitutione fundus ille non côntineretur, vel inuito teſtatore, dico idem prorſus euenire illo etiam caſu quis ex fundo tantùm inſtitutus ſolus, & amplius quicquam petere veritus proponatur. Nam cùm lex fundi mentionem detrahat ſtatim atque heres quis ſcribitur ex certa re ab eo qui alium ex teſtamento heredem habere non vult, vt iam dictum eſt, relinquitur neceſſariò vt qui ex fundo inſtitutus eſt in tota hereditate inſtitutus intelligatur, adeóque inuito teſtatore: quoniam & inuito eo fundus ille ad legitimum heredem perueniret ſi ſucceſſioni legitimæ locus daretur. Conſequenter neceſſe eſt vt ſubſecuta illa prohibitione quicquam amplius ex hereditate Titius ſperaret, pro ademptione habeatur: quæ porrò non niſi inutiliter facta videri poteſt, cùm Titio nihil à ſeipſo adimi potuerit. Me illud etiam contra *Bartolum* valde mouet quòd ex Seueri & Antonini reſcripto ſcribit Marcianus in *l. ſi quis priore* 29. *D. ad S.C. Trebell.* Si quis priore facto teſtamento poſterius fecerit, nec niſi ex certis rebus in poſterioribus tabulis heredes inſtituerit, hoc etiam

addito

addito per expreſſa fideicommiſſi verba vt prius teſtamentum valeret, prius tamen teſtamentum ipſo iure ſublatū eſſe:nec aliud ius ſupereſſe iis qui priore ſcripti fuerant quàm petendi ex poſteriore fideicommiſſi:quo✝ex loco ap- 5
paret inſtitutum ex re certa non eo minùs ex toto aſſe ſcriptū intelligi, quòd alij heredes ſint alio & priore teſtamento inſtituti: tametſi teſtator voluerit prius teſtamentum valere. Nam ſi voluntas illa teſtatoris iubentis prius teſtamentum ſubſiſtere non impedit quominùs ex ſecundo teſtamento heres ſit ſolus is qui ex certa re inſtitutus fuit, ſublato priore teſtamento per poſterius, quantò magis dicendum eſt nullo antea facto teſtamento inſtitutum ex re certa præferendum eſſe legitimo ſucceſſori, totámque hereditatem conſequi debere licet teſtator declarauerit velle ſe vt in reliqua hereditate legitimus ſucceſſor ei præferretur? Nec enim eſt quod ✝ reſpondeas in ſpecie *d.l.ſi* 6
quis priore, teſtatorem non niſi precariis & fideicommiſſi verbis voluiſſe vt prius teſtamentum valeret, & hoc ipſo videri totam hereditatem reliquiſſe heredi quem rogaret. Primùm enim negabo conſecutionem, quia potuit fideicommiſſum vtile eſſe in re illa ſingulari quæ huic poſteriori heredi relinquebatur, tametſi nō de tota hereditate reſtituēda teſtator ſenſiſſet, exiſtimās fortaſſe quòd ad excludendum à reliqua hereditate eum quem non niſi ex certa re ſcriberet, ſatis eſſet ſi prius teſtamentum valere iuberet. Deinde reſpondeo fuiſſe verba fideicommiſſi in eam rem neceſſaria, quia non fuit in teſtatoris poteſtate nouum heredem ſcribentis licèt ex re certa dūtaxat, efficere quominùs prius teſtamētum ipſo iure ſublatum eſſet per poſterius, quo ſublato fieri nō poterat vt alio quàm fideicommiſſi iure hereditas ad eos qui priore teſtamento ſcripti erant, perueniret. Idque ex eo apparet quòd ſi proponeres militem poſteriore teſtamēto heredem ex certa re ſcripſiſſe, procul dubio non haberet heres ex teſtamento niſi rem illam, reliquum verò totum patrimonium ad heredem priore teſtamento ſcriptum pertineret, quia priuilegium militis inter cætera illud eſt vt poſſit decedere cum pluribus teſtamentis. Sed etſi poneres eundem militem poſteriore ſecundi teſtamenti parte iuſiſſe vt prius teſtamentum valeret nullius fideicōmiſſi verbis additis, non eſſet dubitandum quin hoc ipſo videretur receſſiſſe ab inſtitutione quam poſteriore teſtamento ſcripſiſſet, ſolúmque heredem illum haberet ex teſtamēto & iure directo quem priore teſtamento inſtituiſſet, quaſi tertio facto teſtamento, per quod eſſet ſecundum reuocatum, quia voluntas quæque militis teſtamentum eſt *l.1.l.quærebatur 19.l.eius militis 34.in fin.de teſtam.milit.* Ergo quod in *d.l.ſi quis priore*(quæ de pagani teſtamento loquitur) heredes✝ priore 7
teſtamento ſcripti nullum ius habent in hereditate niſi vt eam ex fideicommiſſo poſſint petere propter inſerta fideicommiſſi verba, licèt teſtator voluerit prius teſtamētum valere non ex eo proficiſcitur, quòd fideicōmiſſi verbis voluntatem ſuam teſtator declarauerit, ſed quia nullius momenti ea voluntas eſt per quam prohibeatur qui ex certa re ſcriptus eſt ne in ſolidum heres ſit, quoniam eſt contra leges, ſolúmque fideicommiſſi remedium ſupereſt teſtatori qui ſecundo teſtamento heredem ex certa re ſcribit eum, quem tamen in tota hereditate ſucceſſorem habere nolit. Qua de cauſa, aut vt melius dicam, quo exemplo admitterem non illibenter in propoſita ✝ ſpecie, id eſt, he- 8
rede ex certa re ſic inſtituto vt tamen prohibitus ſit fauore legitimi heredis ſuccedere in reliqua hereditate, ius eſſe legitimo heredi petendę ex fideicommiſſo hereditatis aduerſus heredem ſcriptum, ſi cum interpretib⁹ & pragma-

ticis poſſem mihi perſuadere,ad inducendum fideicommiſſum nulla fidei-
commiſſi verba neceſſaria eſſe,nudámque ſufficere coniecturam voluntatis,
quod tamen falſum eſſe docuimus *lib.14. Coniect. cap. 2.* & apparet euidẽter ex
d.l.ſi quis priore. in qua non ſufficeret proculdubio ad cauſſam inducẽdi fidei-
commiſſi, quòd teſtator poſterioribus tabulis priores valere iuſſiſſet, ſi verba
fideicommiſſi nulla inſeruiſſet, niſi fortè quis putet plus iuris habere debere
legitimum heredem quàm eum qui priore teſtamento ſcriptus fuit. At id ſa-
nè dici non poteſt, non ſolùm quòd maior ſit fauor teſtamentariæ quàm le-
gitimæ ſucceſſionis, ſed etiam quia tametſi ſolam teſtatoris volũtatem inſpi-
cias, longè probabilius dubitari poteſt an qui herede prioribus tabulis ſcri-
pto ex aſſe, alium heredem poſterioribus ſcribit, ex re certa, videatur in to-
tum receſſiſſe à priore teſtamento, quàm vtrum is qui nõ niſi ex fundo inſti-
tuit heredem, velit inteſtatus decedere in reliqua hereditate. Nam ſi de teſta-
toris voluntate quantum fieri poteſt, coniciendum eſt ex legum iuriſque ra-
tione, fieri facile poteſt vt quis decedat cum duobus heredibus teſtamenta-
riis, at vt quis decedat pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus, fieri nullo-
9 modo queat. Eáque nimirum dubitandi † cauſſa erat in *d.l.ſi quis priore,* quòd
ſicut inſtitutus ex re certa non heredis ſed legatarij loco habetur, quoties a-
lius heres eodem teſtamento ſcriptus eſt *lege quoties 13. Cod. de hered. inſtitut.*
Ita dicendum videretur, alio ſcripto herede prioribus tabulis, eum qui po-
ſterioribus ex re certa ſcriptus eſſet, non niſi rem illam habere ex teſtamen-
10 to debere. Sed decidendi † ratio fuit, quia non quemadmodum poteſt quis
decedere cum pluribus teſtamentariis heredibus, ita & cum pluribus teſta-
mentis, nec rurſus cum vno teſtamento ita, vt qui ex certa re ſcriptus fuit in
reliqua hereditate ſuccedere prohibeatur, quamuis iuberi poſſit vt vel reli-
quam hereditatem, vel etiam totam ex fideicommiſſo reſtituat heredibus
priore teſtamento inſtitutis, ſicut & alij cuilibet, ſi modò idonea in eam rem
fideicommiſſi verba vſurpata ſint, neque ſanè vt hoc addam, facilè poſſum
intelligere quid ſibi velint poſtrema illa verba *dict. l. ſi quis priore, Et hoc
ita intelligendum eſt ſi non aliquid ſpecialiter contrarium in ſecundo teſtamento
fuerit ſcriptum,* vereórque † quod iam monui *libr.5. Conjecturar. capit. 19.* ne
11 non tam Marciani ſint quam Triboniani, cui nihil familiarius eſt huiuſ-
modi exceptionibus, tum etiam cùm nullus talium exceptionum caſus aut
vſus vtilis eſſe poteſt, vt à nobis non vno Coniecturarum noſtrarum loco
demonſtratum eſt. Nam in ea ſpecie quam tractamus, id eſt cùm teſtator
qui ſecundo teſtamento heredem ſcripſit ex re certa, iuſſit verbis fideicom-
miſſi vt prius teſtamentum valeret, fieríne poteſt vt non totam heredita-
tem prioribus tabulis inſtituto heredi velit reſtitui, quin pugnantia & ſcri-
bat & ſentiat? Quòd ſi vt *Bartoli* errorem tueare, malis ſic intelligere, vt
poſſit teſtator prohibere, ne heres ſecundo teſtamento ſcriptus in re certa
ſit heres ex aſſe, non magis credam tibi aut Triboniano quàm *Bartolo*
cùm liqueat mihi de contraria certiſſimáque iuris ratione. Nec magis
probo interpretationem † *Accurſij* exiſtimantis eius clauſulæ hunc eſſe ſen-
12 ſum, vt ſi à generali confirmatione prioris teſtamenti excepta ſit res aliqua
in eo teſtamento contenta præualeat exceptio, aut vt ſi quid ſecundo teſta-
mento ademptum ſit quod relictum fuerat in primo, deinde primum
generaliter confirmatum fuerit, præualeat ademptio. Nihil enim com-
mune habet is ſenſus cum præcedentibus, quibus tamen conſtat adaptan-

dam

Digitized by Google

dam eſſe exceptionem vt ſi accommodata. Mouetur † *Bartolus ex lege ſi Titius* 16. D. *de condic. inſtit.* vbi ſcriptum eſt ita concepta inſtitutione *Si Titius heres erit Seius heres eſto, ſi Seius heres erit, Titius heres eſto*: inutilem eſſe inſtitutionem cùm condicio non poſſit exiſtere propter repugnantiam, quaſi eadem repugnantia ſit, inquit Bartolus, cùm teſtator herede inſtituto Titio prohibet expreſſim ne quicquam ei ex reliqua hereditate adcreſcat. Sed ſunt iſta longè diſſimilia. Nam in ſpecie *d. l. ſi Titius*, nihil eſt quod meliùs poſſit lex dicere vt inſtitutionem tueatur, cùm perplexitas ſit in perſona heredis, nec quicquam legis interſit an Titius heres ſit an Seius. Vter enim heres eſſe debeat, dici non poteſt, cùm alterutrum duntaxat heredem eſſe teſtator voluerit: eam verò condicionem adſcripſerit quæ exiſtere non poſſit quin priùs alter heres ſit, quem tamen heredem eſſe teſtator noluit. Itaque non habet hic locum quod dici ſolet, ſub impoſſibili condicione factam inſtitutionem non vitiari *l. 1. eod. tit.* Tunc enim id obtinet cùm heredis perſona certa eſt, quæ tamen hic incerta eſt ob ipſā adſcriptæ condicionis impoſſibilitatem, vt & in *d. l. quoties in princip.* ob repugnantem teſtatoris cum ſcripto voluntatem, vitiatur inſtitutio, licèt ea repugnantia in cæteris teſtamenti capitibus nihil obſtet quominus teſtatoris voluntas ſeruanda ſit. At cùm quis heredem ſcripſit ex re certa prohibito expreſſim iure adcreſcendi, habet lex aliquid melius quod dicat, quàm vt inſtitutionem vitiari patiatur: nimirum vt ipſa prohibitio tanquam legibus planè contraria potiùs vitietur. Nam etſi lex pateretur vitiari inſtitutionem propter prohibitionis poteſtatem, eadem nihilominùs maneret repugnantia non modò iuris & voluntatis, ſed quæ longè fortior & abſurdior eſt ſolius ipſius voluntatis. Ita enim fieret, vt non ſolùm reliqua, ſed etiam tota hereditas ad legitimum ſucceſſorem perueniret, & conſequenter ille quoque fundus, in quo tamen heredem teſtamẽtarium habere teſtator voluit. Ideóq; nihil cauſſæ eſt cur dicamus vitiari inſtitutionem propter contradictionem & repugnantiam quę eadem maneret etiam ab inteſtato. Quod nō ſimiliter euenit in ſpecie *d. l. ſi Titius*, in qua poſt vitiatam inſtitutionem ex cauſſa repugnantiæ nihil impedit, quominus ab inteſtato ſuccedatur. At tolle prohibitionem illam iuris adcreſcendi, vt conſerues inſtitutionem. Nulla repugnantia ſupereſt, & leges quæ teſtamenta confirmant, locum habent. Igitur prohibitio potiùs quàm inſtitutio vitianda eſt cùm alterutram duntaxat vitiari oporteat. Nam ſi vtramque vitiari diceres ne quid fieret contra voluntatem teſtatoris, hoc ipſo induceres ſucceſſionem inteſtati, quod tamen iam diximus ſalua voluntate fieri non poſſe. Mouetur † etiam *Bartolus* ex *dicto §. ſi duo*, *leg. quoties 9. Digeſt. de hered. inſtit.* in poſtremis illis verbis *Si modò voluntas patrisfamilias manifeſtiſſimè non refragatur.* Quorum hanc eſſe putant ſententiam, vt ſi duo ſint heredes inſtituti vnus ex parte tertia fundi Corneliani, alius ex beſſe eiuſdem fundi, non poſſint illi heredes eſſe ex ſemiſſibus ſi euidenter appareat voluntatem teſtatoris illam fuiſſe vt in ſolo fundo Corneliano heredes eſſent, reliqua autem hereditas ad inteſtati ſucceſſionem deuolueretur. Quæ interpretatio ſanè commentitia eſt & ab Vlpiani ſenſu aliena. Nam cùm ex Sabini & Celſi ſententia Vlpianus ſcripſiſſet, in propoſita ſpecie ſcriptos heredes ex ſemiſſibus ſcriptos videri quaſi ſine partibus inſtitutos, ſubiecit exceptionem illam, ſi modò voluntas patrisfamilias manifeſtiſſimè non refragetur, id eſt niſi appareat teſtatoris voluntatem illam fuiſſe

vt ex iis ipſis partibus heredes eſſent, ex quibus in fundo Corneliano ſcripti fuiſſent, vnus ſcilicet ex beſſe, alius ex triente. Neque verò *Bartolus* ipſe hoc ignorauit quod fuit apertiſſimum, ſed erroris ſui pertinaciùs tuendi gratia improbat hanc interpretationem, ratione ſanè quàm eleganti & efficaci, ſi diis placet. Quoniam, inquit, in diſtributione partium non eſt neceſſaria manifeſtiſſima voluntas defuncti. Sufficit enim qualitercumque de mente appareat, etiamſi in teſtamento aliter ſcriptum ſit. Quaſi verò inter manifeſtam, & manifeſtiſſimam voluntatem adeò interſit, vt manifeſta eſſe poſſit, quin ſit etiam manifeſtiſſima: aut quaſi non ſit neceſſe manifeſtiſſimam eſſe teſtatoris voluntatem, vt qui inſtitutus eſt ex vna portione videatur heres ſcriptus ex alia, vt in *dicta l. quoties §.1.* quem locum Bartolus adducit, & quidem ineptè. Ibi enim tractatur de herede ſcripto ex quadrante, quem teſtator ex ſemiſſe ſcribi dictauerat: quo caſu negari certè non poteſt quin manifeſtiſſimis probationibus opus ſit ad eam partem ſciendam quam teſtator dictauit, vt plus nuncupatum minus ſcriptum inueniatur. Alioqui nihil aliud dici poteſt quàm vt ſcripturæ ſtari oporteat. Nos autem cùm Vlpiano in *dicto §.ſi duo*, eam ſpeciem tractamus, in qua ex iuris ratione ſola citra vllam probationem voluntatis aliæ partes debentur, quàm quæ teſtamento adſcriptæ ſunt. Nam cùm teſtator Titium ſcripſerit ex beſſe fundi Corneliani, Sempronium verò ex triente eiuſdem fundi, nos vnicuique ſemiſſem damus, acſi ſine partibus ſcripti eſſent: idque non tam ex patrisfamilias voluntate, quàm ex neceſſaria iuris ratione, quæ facit vt fundi mentionem detrahi oporteat, qua porrò detracta non poſſunt ſupereſſe partes in eo fundo factæ, ac proinde nihil aliud ex tota inſtitutione ſupereſt, præter verba illa *Titius heres eſto, Sempronius heres eſto*, quibus verbis eos ex ſemiſſibus inſtitutos videri non dubitatur. Ergo ſi quo caſu fieri poteſt vt Titius ex beſſe, Sempronius verò ex triente heres videri debeat propter teſtatoris voluntatem, minùs neceſſe eſt tam manifeſtam eſſe in eam rem defuncti voluntatis probationem, cùm verbis teſtamenti ea voluntas quantulacumque ſit adiuuetur. Quamquam, vt eloquar quod ſentio, mihi tota illa clauſula valde ſuſpecta eſt. Neque enim video quomodo fieri poſſit vt in propoſita ſpecie *dict. §. ſi duo.* manifeſta poſſit eſſe voluntas teſtatoris ad heredes ex diſparibus portionibus hereditariis vocandos, cùm nullam prorſus hereditatis aut hereditariarum portionum mentionem fecit, ſi neque eius voluntatis quam expreſſit in fundi partibus diſtribuendis, ratio vlla habetur. Et ſanè non magis puto audiendum eſſe Titium in propoſito caſu ſi probare velit eam fuiſſe teſtatoris voluntatem vt heres ipſe eſſet ex beſſe, quàm ſi inſtitutio ſic concepta proponeretur *Titius heres eſto, Sempronius heres eſto*, cùm diſtributis quoque fundi Corneliani partibus perinde fundi mentio detrahenda ſit, factæque in fundo partes etiam inuito teſtatore, acſi diſtributio illa facta non fuiſſet: imò difficilius eſt vt cùm lex repugnantibus verbis teſtamenti pares fecit portiones hereditarias, quæ ex teſtamenti verbis erant diſpares, admittatur quæſtio voluntatis vt ad eam diſparitatem reducantur, quam lex iam ſuſtulerit. Quare nec ferè dubito quin eiuſdem autoris ſit illa exceptio, cuius & ea de qua diximus, *legis ſi quis priore 29. D. ad*
15 *S.C.Trebellian.* id eſt Triboniani, qui manifeſtiſſimas iſtiuſmodi voluntates aut excipere ſolet aut exigere iis quoque caſibus quibus fieri nequit vt locum habeant. Niſi malis tribuere inepto interpreti, quem Vlpiano manus intu-

intuliſſe apparet ex alio eiuſdem legis loco,id eſt ex *§.ſi quis primum*, in cuius fine verba illa interpretationis loco poſita,*id eſt trientem iure ſubſtitutionis,trientem iure inſtitutionis* ſine dubio ſint interpretis.Nam ſi quis primum ex triente,ſecundum ex triente heredem inſtituerit, & ſi ſecundus heres non erit,tertium ex aſſe heredem ſcribat,hic ſecundo repudiante beſſem habebit non ſolùm iure ſubſtitutionis ſed & inſtitutionis,vt Vlpianus ait,ergo vtrũque trientem tam in quo ſecundus quàm in quo nemo fuerat inſtitutus, & vtrumque inſtitutionis iure ſi neutrum ex ſubſtitutione habere velit,& contrà vtrumque ſubſtitutionis iure ſi ex inſtitutione neutrum velit conſequi, quoniam triens ex quo nemo inſtitutus fuerat ei ſoli accreſcit, tanquam ſuſtinenti perſonam inſtituti & ſubſtituti *leg. nam tertium* 16.*eod.*licet ſecundo cui tertius ſubſtitutus fuit non niſi pro virili parte acceſſura fuerit adcreſcendi iure quæ tota erat ratio ad eum locum dubitandi, Vtut ſit non iuuat *Bartolum* Vlp.in *d.§.ſi duo*,nec idem ratio illa quam adducit de ſeruo ſine libertate inſtituto,qui licet præſumatur inſtitutus cum libertate,ſi ſimpliciter inſtitutus ſit,ſi tamen teſtator expreſſerit nolle ſe eum eſſe liberum , neque liber neque heres eſt *l.quia ratio* 22.*D.de condic.inſtitut.dict.l. quoties.§. vltim.* Nam ſicuti ratio iuris non patitur vt ſeruus heres ſit quandiu ſeruus manet, ita neque facit vt liber fiat inuito domino , cùmque libertatem præcedere neceſſe ſit,ordine ſaltem intellectus,vt aiunt,ſi non naturæ *dict. l. quoties §. ſi quis ita ſcripſerit*,mirum non eſt corruere inſtitutionem ſerui cui libertatem dare teſtator noluerit.At cùm quis heres inſtituitur ex fundo nihil eſt quod inſtitutioni noceat præter adiectionem fundi,quia ex ſolo fundo heres fieri nullomodo poteſt:ſublato igitur mendo relinquitur vt inſtitutio ſit vniuerſalis, & conſequenter vt inuito etiam teſtatore is qui ex re certa ſcriptus fuerat totam obtineat hereditatem. Etſi enim inuito teſtatori heredem dare non poſſumus quod eueniret ſi ſeruum heredem ſcriptum cui libertatem dare voluiſſet , pro herede haberemus, tamen ei quem heredem habere & voluit & potuit,poſſumus ipſo etiam inuito dare totam hereditatem quamuis nihil niſi fundum ei dederit, ne ſi nihil omnino ei demus , faciamus contra voluntatem,ſi verò nihil præter fundum,legibus vim inferamus. Quæ tamen nulla infertur aut legibus aut volũtati teſtatoris,cùm ſeruus heres eſſe negatur,cui libertatem datam videri teſtator noluit. Nam nec dici poteſt voluiſſe heredem eſſe eum quem ſciuit aut ſcire debuit heredem ſine libertate fieri nulla poſſe ratione.Mouetur † poſtremo Bartol.ex *l.pen.* D.*de iniuſt.rupt.& irrit.fact.teſt.& ex l.ſi poſthumus* 14.*verſ.nam & cum duobus De liber.& poſthum.* vbi,inquit ille, teſtator dando ſubſtitutum in parte videtur prohibere ius adcreſcendi,& rupta illa inſtitutione rumpitur teſtamentum in totum. Sed nimis euidenter captioſa & inepta argumentatio eſt. Nam in ſpecie quæ iis locis tractatur,teſtamentum totum agnatione poſthumi rumpitur,non propter tacitam illam prohibitionem iuris adcreſcendi quam *Bartolus* infert ex datione ſubſtituti,ſed propter poſthumi præteritionem:Poſthumi enim ſingulare ius eſt vt totum teſtamẽtum rumpat,nec eum tantùm gradum à quo præteritus eſt,ſed etiam cæteros à quibus fuit exheredatus ſi modò rumpendi tempus & locum inueniat, quod in filio iam nato diuerſum eſt *l.5.D.de iniuſt.rupt.*Itaque finge nullum fuiſſe datum ſubſtitutum ne poſſis cõminiſci prohibitũ inter inſtitutos ius adcreſcendi,ſed tamen ab altero duntaxat inſtitutorum exheredatum poſthumum,ab altero præte- 16

ritum fuiſſe. Æquè dicendum erit totum teſtamentum rumpi agnatione poſthumi. Non ob id ſolùm quod vtriuſque inſtituti ratione videatur præteritus, quia exheredatio à gradu facienda eſt non à perſona, ſed etiam quòd fieri nequeat vt poſthumus teſtamentum vlla ex parte rumpat quin ſuccedat ab inteſtato, nec rurſus vt ab inteſtato ſuccedat quin totam hereditatem obtineat, Alioqui partim ex teſtamẽto, partim ab inteſtato ſuccederetur. Quod ne accidat cùm inteſtati ſucceſſio denegari non poſſit poſthumo, qui ſuo iure & rumpit & ſuccedit, conſequens eſt vt ex teſtamento ſuccedere inſtitutus prohibeatur. At contrà in eo caſu de quo diſputamus neceſſe eſt teſtamentum valere, ac proinde totam hereditatem ad eum qui ex re certa ſcriptus eſt pertinere, vel ob hoc ipſum ne contra teſtatoris voluntatem fiat locus legitimæ ſucceſſioni, per quam ea quoque res ex qua inſtitutio facta eſt, heredi ſcripto eripiatur: Aut ne paterfamilias pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus videri poſſit ſi inſtitutio ex fundo defendatur, nec prohibitio iuris adcreſcendi reiiciatur quæ agnato proximo locum facit. Quod ſi *Bartoli* ſententia ex ſuperioribus manifeſtè falſa probatur, non minùs, meo iudicio, ridenda eſt *Baldi* diſtinctio, † admittentis poſſe ius adcreſcendi prohi-
17 beri extraneo heredi qui in certa duntaxat re fuit inſtitutus, filio autem prohiberi non poſſe. *Ex §. cæterùm alias. §. hac autem Nouell. 115. Vt cùm de appell. cognoſc.* Nihil enim aliud eo loco Iuſtinianus conſtituit, niſi vt quamuis iuſſerit pater filium heredem nominatum certis rebus pro ſua inſtitutione & legitima eſſe contentum nihilominus poſſit agere ad ſupplementum. Itaque quod ad eam bonorum portionem attinet quæ excedit debitam pro ſupplemento quantitatem, par & æquale ius eſt filij ac extranei heredis, nos autem de eo diſputamus non an certa pars bonorum, ſed an tota hereditas inuito teſtatore adcreſcat ei qui non niſi ex re certa ſcriptus fuit. Idque iam olim à *Paulo Caſtrenſi* & aliis contra *Baldum* rectè vereque diſputatum eſt.

ERROR OCTAVVS.

De heredum inſtitutione quam particularem vocant, & de ea quæ fit partibus diſtributis.

SVMMARIA.

1 Particularem inſtitutionem perperam vocari ab interpp. & pragmaticis quæ fit ex re certa: ſicut & heredẽ particularem qui ex re certa ſcriptus eſt.

2 Singularis heres dicendus eſt qui ab interpretibus particularis appellatur.

3 Pragmaticos non rectè intelligere quæ inſtitutio dicatur fieri partibus diſtributis.

4 Lex facto 39. D. de heredib. inſtit. à Triboniano interpolatam & deprauatam eſſe.

1 PARTICVLAREM † inſtitutionem vulgares interpretes & pragmatici eam vocant quæ fit ex certa re, ſicut & heredem particularem eum qui ex re certa ſcriptus fuit. Vtrumque malè. Tam enim differt particularis heres ab herede ex certa re inſtituto, quàm pars hereditatis à fundo: & ſicuti nemo rectè dixerit partem hereditatis conſtitui ex fundo licèt hereditario, quia fundus

conſiſtit

conſiſtit in corpore,hereditas autem in iure,nec fieri poteſt vt partes hereditatis eiuſdem naturæ & condicionis non ſint, cuius & ipſa hereditas eſt. Ita fatendum eſt heredem particularem dici non poſſe eum qui ex re certa inſtitutus eſt, ſed eum demum qui ex parte hereditatis: quem prudentes ei opponere ſolent cui aliquid ex hereditate inſtitutionis titulo relictum eſt, vt & *l. quoties 13. C. de hered. inſtitut.* Ergo ſingularis † heres potiùs dici debet qui 2 ex re ſingulari ſcriptus fuit, vt vel ex eo appareat nullomodo eſſe eum heredem: quandoquidem heres eſſe non poteſt qui non idem ſit iuris ſucceſſor *l. quoties 9. §. heredes. D. eod.* Iuris autem ſucceſſor eſſe nequit qui non niſi in re ſingulari ſuccedit. Æquè ſtolidus & ineptus pragmaticorum †noſtrorum 3 error ille eſt, quod heredes partibus diſtributis factos dicunt quoties teſtator Titium ex fundo Corneliano, Sempronium ex Liboniano heredes ſcribit. Cùm tamen diſtributio patrimonij per præceptiones dicenda illa ſit, non diſtributio hereditatis, quæ ſicut nomen iuris eſt, ita ex aſſis conſtitutione æſtimatur, nec alias partes habere poteſt, quàm quæ ſunt partes aſſis, vnciam, ſextantem, quadrantem, trientem, quincuncem, ſemiſſem, ſeptuncem, beſſem, dodrantem, decuncem, deuncem. Si nulla ex his partibus teſtamento expreſſa ſit, dicuntur heredes ſcripti ſine partibus, licet totum patrimonium inter eos diuiſum fuerit à teſtatore, ideòque vocantur in ſemiſſes, tenentúrque creditoribus hereditariis in viriles, quamuis multò precioſior ſit ea pars patrimonij quæ ad vnum ex iis, per præceptionem quàm quæ ad alterum peruenit *l. ex facto 39. l. aſſe toto 77. & paſſ. D. de hered. inſtit.* iuncta *lege quamuis 14. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Idque adeò verum eſt vt ij etiam ſine partibus ſcripti dicantur qui ſcripti ſunt ex beſſe, aut triente, aut alia quota fundi Corneliani *d. l. quoties. §. ſi duo eod.* Qui autem ſine partibus ſcripti ſunt, fieri nullomodo poteſt vt diſtributis partibus inſtituti dici poſſint, non magis quàm vt diſtribuantur partes quæ nullæ ſunt. Illud tamen obſeruari volo, quod attinet † ad *dict. l. ex facto.* cuius perelegans de hoc inſtitutionis 4 genere nec obſcurus tractatus eſt, Triboniani eſſe videri totam illam poſtremam clauſulam *Igitur efficere dici*, &c. ad finem vſque legis. Iam enim Vlpianus ad propoſitam quæſtionem de pecunia tranſportata in prouinciam ad comparandas merces quæ in Italiā adueherentur reſponderat, Italico patrimonio iungendam eam eſſe propter patrisfamilias deſtinationem. Tribonianus verò quaſi nihil Vlpianus reſpondiſſet inſulsè clauſulam illam ſubiecit, inſulſa quoque & mala grammatica conceptam, ſiue prima illa verba inſpicias: *Igitur efficere dici* pro eo quod ſcribere debuerat, *unde fit vt dicendum ſit*, ſiue quæ ſequuntur *vt merces quoque iſta ad heredem eum pertinere.* Scribendum enim erat *pertineant* aut coniunctis tribus infinitiuis accuſatiuum pro nominatiuo ponere, ſublato articulo *vt* hoc modo *efficere dici merces quoque iſtas pertinere.* Taceo quòd verba illa *ſiue ſciuit, ſiue ignorauit* nullum niſi ineptum ſenſum admittunt. Nam cùm referantur ad teſtatorem qui pecuniam dederat ad comparandas in prouincia merces poſtmodum in Italiam aduehendas, non poteſt fieri vt ignorauerit in quam cauſſam deſtinata ſit pecunia qui ipſa deſtinauit. Quod ſi vt probabilius eſt ſcientiam intelligas aut ignorantiam non an pecunia in eas merces comparandas deſtinata fuerit nécne, ſed an merces iam aduectæ ſint in Italiam aut non, ſuperflua diſtinctio eſt, cùm iam dictum eſſet nihil intereſſe, an viuo teſtatore ſint aduectæ, aut, vt Tribonianus loquitur, prouectæ, an eo iam mortuo. Nam

ſi non eo minùs habēdæ ſunt pro Italicis, quòd mortuo iam teſtatore in Italiam aduectæ ſint, quantò minùs oberit quod eas in Italiam aduectas eſſe viuus teſtator ignorauerit? Quod enim mors facere non poteſt, ignorātia nihilò minùs poteſt. Sed hoc obiter & extra rem dictum ſit. Simile quiddam à Triboniano factitatum eſſe in *§. quis, cum eſſet l. cum poſt mortem* 43. D. *de adminiſtr. & peric. tutor. & curat.* nos docuimus *lib.6. Coniec. cap.*18.

ERROR NONVS.

De eo qui trientem hereditatis petit pro legitima portione oblata æris alieni indemnitate pro ea parte.

SVMMARIA.

1 *Legitima portio eſt quota bonorum, non hereditatis.*

2 *Hereditatis nomen vt à Bonorum appellatione differat.*

3 *Malè agit qui pro legitima portione bonorum deducto ære alieno computandorum petit partem hereditatis.*

4 *Error pragmaticorum putantium eum audiendum qui pro legitima petat trientem hereditatis, oblata æris alieni indemnitate pro ea parte.*

5 *Vnde d. error manarit: & n.7.*

6 *Ex comparatione legitimæ ſucceſſionis hereditariæ poni debet ratio legitimæ.*

8 *Qua ratione prætextu æris alieni nondum bene explorati legitimæ ſoluendæ mora non fiat.*

ERROR hic pragmaticorum noſtrorum magis eſt quàm
interpretum. Nam interpretes qui ſciunt legitimæ por-
tionis rationem poni non poſſe niſi deducto prius ære a-
lieno *l. Papinianus* 8. *§. quarta autem*, *& §. quoniam autem*
1 *quarta*. D. *de inoff. teſtament.* non dubitant quin legitima †
illa portio quota ſit bonorum non hereditatis. Hereditas
† enim, vt ſæpius diximus in ſuperioribus, nomen iuris eſt
2 habens commoda & incommoda æriſque tam alieni quàm hereditarij rationem.
Bonorum autem appellatio non item, niſi in edicto & tractatu *De bonorum poſſeſſionibus*, quia totum ius illud ad exemplum iuris quod de heredibus & hereditatibus obtinebat, inductum à prætore & comparatum fuit *l.1.*
3 D. *de bonor. poſſeſſ.* Ita fit vt non poſſit nō malè agere † qui pro legitima portione bonorum deducto ære alieno computandorum petit partem hereditatis. Nam ſicut hereditatem totam nemo petere poteſt niſi qui ſe ſolum & ex aſſe heredem dicat ac probet, ita neque partem hereditatis niſi qui ex parte ſit heres. Quiſquis autem ex parte heres eſt, cum neceſſe eſt pro ea parte creditoribus omnibus hereditariis reſpondere, diuiſa ſcilicet ipſo iure & per legem duodecim tabularum inter omnes coheredes totius æris alieni obligatione *l.*
4 1. C. *ſi cert. petat.* Ex pragmaticis † tamen plerique ſunt qui licèt in ore ſemper habeant legitimam eſſe quotam bonorum non hereditatis, putāt nihilominus audiendum eum qui pro legitima petat tertiam partem hereditatis, ſi modò pro ea parte paratus ſit repromittere de indemnitate ob æs alienum, ſi quod ſit in hereditate, itémque ob funeris impenſam, per quam, ſicut & per æs alienum legitimam minui conſtat. *dict. §. quarta autem.* Huic autem

errori

errori † cauſſam duo præbuerunt. Vnum illud quod legitima dicitur por-
tio portionis ab inteſtato contingentis *l. cùm quæritur 6. l. quoniam in priori-* 5
bus 32. C. de inoffic. teſtam. Ab inteſtato autem habiturus eſſet hereditatem fi-
lius. Cui argumento facilis reſponſio eſt, ex comparatione † quidem legitimę 6
ſucceſſionis hereditariæ rationem legitimæ poni debere, ſed hac tamen dif-
ferentia quod omne æs alienum ante legitimæ computationem dicendum
eſt, quod tamen ex hereditate ipſa deduci neque debet, neque poteſt. Itaque
ad conſtituendam legitimę portionis quantitatem, inſpicimus quidem quan-
tum ab inteſtato habiturus eſſet legitimarius ſi teſtamentum nullum factum
fuiſſet, indéque quotā elicimus vt ſi triens, vel ſemis, vel pars aliqua trientis,
aut ſemiſſis, at bonorum, non hereditatis, vt ante omnia æs alienum deduca-
tur: alterum † eſt quod ex ęquitate magis quàm ex iure proficiſcitur. Aiunt e- 7
nim nihil fore facilius quàm vt legitimæ portionis petitioni mora fiat, ſi ita
ius conſtituatur, vt non priùs teneatur heres ad eius ſolutionem, quàm to-
tius æris alieni ratio ſubducta ſit. Habet enim plerumque ea diſcuſſio lon-
gas moras, præſertim cùm metu ſiue latentis ſiue iam emergentis æris alie-
ni heres ſcriptus delatam ſibi hereditatem non agnoſcit niſi cum benefi-
cio legis & inuentarij. Quis enim æquum putet vt hoc prætextu legitimæ 8
petitio aut ſaltē perceptio differatur? Aut quid intereſt heredis an legitima-
rio det tertiā partē bonorum deducto ęre alieno, an tertiā partem heredita-
tis, cùm vtroque caſu futurum ſit vt totum æris alieni opus ipſe ſubeat, nulla
verò ex parte legitimarius? Specioſa ſanè ratio apud malos iſtos ęquitatis ar-
bitros, iuris ſcripti prorſus ignaros, ſed quæ Iuriſconſultum mouere nullo-
modo debet. Non enim an heredis aut alterius cuiuſlibet qui cōuenitur nec
ne, inquirendū eſt ad dandam vel denegandam actionem de qua agitur, ſed
illud tantùm inſpiciendum an ea actio competat ex iuris ratione. Iam autem
probauimus fieri nullomodo poſſe vt partem vllā hereditatis petere poſſit is
qui nulla ex parte heres eſt: Adeò vt nec aliud dicendū ſit tametſi conſentiat
ille qui conuenitur. Non enim ex rei voluntate, ſed ex iure æſtimandum eſt
an actio illa competat néc ne quæ ab actore exercetur. An igitur ferenus vt
prætextu æris alieni nondum benè explorati legitimæ ſoluendæ mora fiat?
Minimè. Interim † n. quādiu dubitatur quid & quantū ſit in legitima, poteſt 9
& debet bonus iudex pro eo quod probabilius ſuſpicatur certam quantitatē
decernere quæ lite pendente & in ſingulos annos ſoluatur filio, imputanda
poſteà in eos fructus quos pro legitima deberi conſtabit ſi ſufficere poterūt,
ſin non ſufficient, in ipſius quoque legitimæ diminutionem, idque tempera-
mentum Senatus noſter paſſim ſequi ſolet. Sed & putarem nō iniquè decer-
ni poſſe, ſi per heredis tergiuerſationem fieret ne tam citò expediri legitimæ
taxatio poſſet, hactenus coercendam eius contumaciam, vt in fiduciæ ſpeciē,
&, vt loquuntur, per modum prouiſionis condemnaretur ad eam bonorum
partem præſtandam quam deberet ſi nullo ære alieno hereditas laboraret,
pręſtita ſaltem ſatiſdatione non de æris alieni ſi quod erit rata portione arbi
trio boni viri exſoluenda vt pragmatici exiſtimant, ſed de reſtituendo ſi quid
amplius quàm ex legibus dari debuerit acceptum eſſe quādoque apparebit.
Exemplo remedij quod in legatis à pretore inductum eſt nec prætextu legis
falcidiæ & incerto eo an locum habitura eſſet néc ne, aut legatariis mora fie-
ret aut heredi iniuria *l. 1. & tot. tit. ſi cui plus quàm per leg. falcid.* Sic. n. euenit
vt legitima portio, nō aliqua hereditatis pars præſtetur, nec eò minùs tamen

Digitized by Google

iuris rationi in eo ſatisfiat quod in computanda & æſtimanda legitima æris alieni deductio perinde facienda eſt, ſolutione ſola repræſentata in pœnam & odium heredis, moræ occaſionem vltrò inde captantis. Moram enim & quidem euidentem nulláque dignam excuſatione omnino præcedere neceſſe eſt, vt ad hoc remedium perueniri poſſit. Alioqui ſi inculpata ſit heredis cunctatio prius illud temperamentum quod à Senatu noſtro probatum diximus, ſequendum eſt. Nunquam verò ferendum vt is cui legitima duntaxat debetur quíque nulla ex parte heres eſt admittatur ad petendam pro legitima partem hereditatis, tametſi peridoneam offerat ſatiſdationem.

ERROR DECIMVS.

De eo qui heres ſimpliciter aut ex aliqua aſſis parte ſcriptus, & certis rebus pro ſua inſtitutione contentus eſſe iuſſus eſt.

SVMMARIA.

1 *Apud interpp. & pragmaticos heres ex certa re inſtitutum adſcripto coherede ex parte, aut ſine parte ſcripto non differt ab eo qui ex aliqua aſſis parte inſtitutus, & certis rebus pro ſua inſtitutione contentus eſſe iuſſus eſt.*

2 *Huiuſmodi heredes inter ſe differre, contra pragmaticos: & ſeqq.*

3 *Heres ex re certa ſcriptus dato coherede nullo caſu heredis loco eſt.*

4 *Qui ex aliqua aſſis parte heres inſtitutus eſt licet certis rebus pro inſtitutione contentus eſſe iuſſus ſit, heres tamen eſt, licèt datus ſit ei coheres.*

5 *Filius qui nonniſi ex certa re ſcriptus eſt dato coherede, non poteſt videri heres eſſe.*

6 *Si heres aut ex aſſe, aut ex aſſis parte ſcriptus rogatus ſit hereditatem certa aliqua re præcepta vel retenta reſtituere, tranſeunt actiones in fidei commiſſarium ex SC. Trebell.*

7 *Si quis ex certa re heres ſcriptus, tamen alteri reſtituere rogatus ſit, non erit locus Trebelliano: nec poterit retinere quartam: ſecus eſt in herede ſcripto ex parte, aut ſine parte, tametſi certis rebus contentus eſſe iuſſus ſit.*

8 *Qui Titium ex Corneliano, & Sempronium ex Liboniano fundo, quos ſolos habet, inſtituit, intelligitur heredes ſcripſiſſe ex ſemiſſibus, licèt fundus Cornelianus efficiat dodrantem hereditatis.*

9 *Qui ex certa parte inſtitutus eſt, & iuſſus certa re contentus eſſe, adiecto coherede, non tenetur creditoribus hereditariis, ſed coheres.*

10 *Ex quo iure hæc profluxerit.*

11 *Error eorum qui putant ex nou. IIS. valere hodie teſtamentum in quo filius à patre aut matre inſtitutus eſt in certa re vel quantitate pro legitima.*

1 NVLLAM aut interpretes † aut pragmatici differētiā agnoſcũt inter heredē ex certa re inſtitutũ adſcripto coherede ex parte, aut ſine parte ſcripto, & eum qui ex aliqua aſſis parte aut ſine parte inſtitutus & certis reb. pro ſua inſtitutione cōtentus eſſe iuſſus eſt. Vtrũq; n. volũt heredis loco haberi in quibuſdã, in cæteris verò legatarij iure cēſeri, atq; ita tertiã conſtituere ſpeciē heredis, qui nec abſolutè heres nec legatarius dici debeat, ſed heres ex re certa, vt *Bart.* vocat, aut vt pragmatici dicũt, heres particularis. Et ſanè vtrũq. legatarij loco
2 haberi ſcribit Iuſtinian. in *l. quoties* 13. *C. de hered. inſtit.* Ego † verò, etſi fateor nihil intereſſe quod ad ſubeunda onera hereditaria pertinet, cùm alius ex aſſe aut ex aſſis parte aut ſine parte heres ſcriptus fuit, quæ legis Iuſtinianeę ſen-
3 tentia eſt in *d. l. quoties.* Puto tamē hactenus intereſſe, quod heres † ex re certa ſcriptus dato coherede nullo caſu heredis loco eſt. i. nec ſi coheres ille datus deceſſerit ante aditam hereditatem aut delatam repudiauerit, quia iam inde

inde ab initio, & ex quo inſtāti coheres ei adſcriptus fuit legatarij loco ha-
beri cœpit, nec proinde ius adcreſcendi habere magis poteſt quàm alius le-
gatarius quilibet, propter eas rationes quas attulimus ſuprà *cap.5.* Legata-
rium autem conſtat ius adcreſcendi in hereditate habere nullomodo poſſe,
nec ſi teſtator velit, quia ius adcreſcendi non tam ex teſtatoris voluntate eſt,
quàm ex lege, imputaríque poteſt teſtatori ſi legatario totam hereditatem
acquiri voluit herede repudiante aut ante aditam decedente, cur legatarium
heredi vulgariter non ſubſtituerit. Idque meo iudicio innuit Papin. in *l.cohe-
red.*41.§.*vlt.De vulg.& pupill. ſubſtit.* cùm ait eum qui certæ rei heres inſti-
tuitur coherede non dato bonorum omnium hereditatem obtinere. Non di-
xit, *coherede nullo exiſtente*, ſed *coherede nō dato*, vt intelligamus ſufficere quòd
datus ſit coheres ex parte, aut ſine parte, ne is qui ex certa re ſcriptus fuit, he-
redis iure cenſeri poſſit. At qui ex aliqua † aſſis parte heres inſtitutus eſt licèt 4
eodem teſtamento eadémque, ſi voles, clauſula certis rebus pro ſua inſtitutio-
ne contentus eſſe iuſſus ſit, heres tamen eſt licèt datus ei ſit coheres, quan-
diu ſcilicet coheres ille nō adiit, nec prius legatarij loco haberi incipit, quàm
coheres adierit, ideóque ſi coheres ille repudiet aut ante aditam hereditatem
decedat, habebit hic proculdubio ius adcreſcendi, eritque ex toto aſſe heres
non ſecus ac ſi certis rebus pro ſua inſtitutione contentus eſſe iuſſus nō fuiſ-
ſet. Secuta verò coheredis aditione, licèt legatarij loco haberi incipiat, hacte-
nus vt neque creditoribus, neque legatariis vlla ex parte teneatur, non magis
quàm ſi nullomodo heres eſſet, *d.l.quoties.* Adeò tamen heres manet, vt ſi ta-
lis perſona ſit quam inſtitui neceſſe fuerit aut exheredari, non idcirco præte-
ritus videri poſſit quod non ſit exheredatus, ſed pro ritè & ſolenniter inſti-
tuto habeatur. *§.hæc autem aliæ.§.cæterum.Nouell.*115. *Vt cum de appel.cognoſc.*
vbi Iuſtinianus conſtituit vt ad validitatem teſtamenti ſufficiat quod filius à
patre vel à matre heres ſcriptus ſit, licet ex certis rebus pro ſua inſtitutione
contentus eſſe iuſſus ſit, cùm tamen ea conſtitutione id vnum ſe agere Iuſti-
nianus profiteatur, ne filius prætereatur aut ſine cauſſa exheredetur. Alioqui
Iuſtinianum in ea conſtitutione non ſatis ſibi cōſtitiſſe fatendum erit ſecun-
dum ea quæ docuimus *Decade ſuper. in errorem 6.* ſi non hac donetur inter-
pretatione. Id verò longè diuerſum eſſet, ſi † filius ab initio non niſi ex certa 5
re ſcriptus proponeretur, dato coherede. Non enim poſſet videri heres eſ-
ſe qui in nulla hereditatis parte ſcriptus eſſet, aut partem vllam heredita-
tis haberet, qui vnam duntaxat haberet rem quamuis hereditariam, quia
in re vna non poteſt conſiſtere hereditas, aut pars hereditatis quæ iu-
ris eſt. *lege quamuis* 14. D. *ſi quis omiſſ. cauſ. teſtamen.* Dices neque par-
tem vllam hereditatis habere eum qui certis rebus pro ſua inſtitutione
contentus eſſe iuſſus eſt: Sed reſpondeo, imò verò eam ipſam partem
hereditatis habere intelligi ex qua fuit inſtitutus, ſed tamen tanti æſtima-
tam à teſtatore, cuius voluntati omnimodo ſtandum eſt, quanti ſunt res il-
læ quibus contentus eſſe iuſſus fuit. Idque ita eſſe apparet euidentius ex eo
quòd ſi heres, † aut ex aſſe, aut ex aſſis parte ſcriptus rogatus ſit hereditatem 6
certa aliqua re præcepta vel retenta reſtituere, tranſeunt actiones in fideicō-
miſſarium ex Senatuſconſulto Trebelliano §. *ſi quis vna Inſtit. de fideicom. he-
red. l. ſi legatus* 30. §. *multum intereſt. D. ad SC. Trebell.* quod vtique non
fieret ſi heres ſcriptus ſiue ex aſſe ſiue ex parte ob id minus heres dici debe-
ret, quòd pro ſua inſtitutione contentus eſſe certa re iuſſus eſſet. Nam vt

ex Trebelliano tranſeant actiones, non ſolum heredem eum eſſe neceſſe eſt qui rogatur, ſed etiam rogari tanquam heredem *l. mulier 22. §. vltim. D. eod.* vbi ex hoc infert Vlpianus, Si cui portio hereditatis fuerit legata (legari enim poſſe placet) rogatúſque fuerit legatarius hanc partem hereditatis reſtituere, non fieri reſtitutionem ex ſenatuſconſulto, ideóque nec quartam
7 retineri. Quo exemplo multò magis dicendum eſt, ſi quis † ex certa re heres ſcriptus, in qua etiam dodrans totius hereditatis conſiſtat, eam rem alteri reſtituere rogatus ſit, non fore locum Trebelliano, cui non aliter locus eſt quàm ſi de hereditate, & hereditariis actionibus transferẽdis agatur, ſicuti nec locus eſt Pegaſiano vt cogi poſſit ad adeũdam hereditatem is qui ex certa re ſcriptus eſt adiecto coherede, quia nec poteſt videri rogatus niſi de ea ipſa re reſtituenda, quæ clauſula non poteſt inducere Pegaſianum *l. cogi 16. §. & generaliter eod.* Denique non poteſt eiuſmodi heres ex certa re ſcriptus & rogatus de ea reſtituenda, retinere quartam, niſi cùm ſolus ſcriptus eſt vt in *l. ſi quis priore 29. eod.* Quæ omnia diuerſa ſunt in herede ſcripto ex parte, aut ſine parte, tametſi certis rebus contentus eſſe iuſſus ſit. Non enim diſtinguimus an coheredem habeat necne, ſiue de transferendis cum hereditate actionibus hereditariis agatur, ſiue de adeundi coactione, ſiue de quarta deducenda: ſed in omnibus habemus eum pro vero herede vt eſt, etiam quod magis eſt poſt reſtitutam hereditatem (neque enim Senatus fecit aut facere potuit, vt qui ſemel heres fuiſſet, eſſe poſteà deſineret) niſi in eo quod creditoribus hereditariis & legatariis reſpondere non cogitur, ſicut nec ipſe aduerſus debitores hereditarios actionem vllam habet poſteaquàm hereditatem reſtituit. Quid autem intereſt an qui ex parte hereditatis aut ſine parte ita ſcriptus eſt, iuſſus ſit contentus eſſe certis rebus vt eam hereditatis partem quam accepit, alteri per fideicommiſſum reſtituat, an vt potiùs adcreſcendi iure coheredi ſuo adquiri patiatur? Nihil prorſus. Vtroque igitur caſu heres manet, quia ſemel fuit, nil obſtante adiectione illa *ita tamen vt fundo Corneliano pro ſua parte contentus ſit.* Ea namque adiectio licèt nõ ſit legibus improbata & effectum habeat vt nihil præter fundum Cornelianum ex hereditate conſequi heres poſſit, non tamen afficit ius & nomen heredis, id eſt non impedit quominus ſemper verum ſit hunc ex ſemiſſe aut ex triente heredem eſſe, ſed ſpectat magis ad diuiſionem patrimonij, vt qui ex ſemiſſe aut triente ſcriptus eſt, quamuis pro ea parte ſit heres, cogatur tamen contentus eſſe ea re quã teſtator pro portione dedit, licèt æſtimationis ſit longè mino-
8 ris; quemadmodũ cõtingit cùm is qui nihil in bonis † habebat præter fundos Cornelianũ & Libonianũ, inſtituit Titium ex Corneliano, & Semproniũ ex Liboniano. Non enim eo minùs intelliguntur ſcripti ex ſemiſſibus, quamuis fundus Cornelianus efficiat dodrantem hereditatis, Libonianus verò nõ niſi quadrantem *d. l. ex facto 39. de hered. inſtit.* Differentia tantùm in eo eſt quòd illo caſu tenentur ad exſolutionem æris alieni pro ſemiſſibus, quia cùm pariter ſint inſtituti, & eâdem formâ inſtitutionis, nihil aliud dici poteſt quàm vtrumque ex æquis portionibus teneri, quando non poſſet inueniri vter potius ab æris alieni exſolutione immunis eſſe deberet. At cùm quis † ex certa
9 parte ſic inſtitutus eſt, vt tamen iuſſus ſit certa re contentus eſſe, & ei heres adiectus eſt aut ſine parte, aut ex parte aliqua abſolutè, non addito eo vt certis rebus contentus ſit, dicimus ſolum illum coheredem teneri creditoribus hereditariis, quia diſſimili & ampliore inſtitutionis forma heres ſcriptus reperitur.

peritur. Quod tamen vereor †ne conſtitutioni Iuſtiniani in *d.l.quoties* accepto ferendum ſit magis quàm iurîs rationi. Nullus etenim veteris iuris aut in Pandectis aut in Codice locus eſt quo probari poſſit, ſcripto Titio ex ſemiſſe,& Sempronio ex alio ſemiſſe cum hac adiectione vt Sempronius fundo Corneliano contentus eſſe cogatur,Sempronium nullam ęris alieni partem debere:Lõgéque alia,ni fallor,hac parte ratio fuit fideicommiſſarij, alia coheredis. Nam ſi Sempronius ex ſemiſſe inſtitutus rogatus eſſet partẽ ſuam reſtituere Mæuio ſolo fundo Corneliano retento,aut quod idem eſt,præcepto,fatcor quod iam dixi ius ita fuiſſe vt actiones omnes hereditariæ per reſtitutionem hereditatis in Mæuinm transferrentur, Sempronius verò nulla prorſus ex parte aut creditoribus aut legatariis teneretur *d.l.30.§.multum intereſt* D.*ad SC.Trebell.* Nimirum propter autoritatem ſenatuſconſulti Trebelliani quo idipſum expreſſim cautum erat, vt in eos quibus ex teſtamento reſtituta eſſet hereditas, actiones omnes quæ heredi & in heredem competebant transferrentur *l. 1. D. eod.* At inter coheredes nulla fit tranſlatio aut portionum hereditariarũ aut iurium, neque ſenatuſconſulti neque alterius vllius legis auxilio: & qui ſemel heres fuit cùm ſemper heres maneat ex ea portione hereditaria ex qua primùm ſcriptus heres fuit, licèt nihil ex hereditate præter aliquam rem vel minimam retineat, neceſſe eſt vt iis ipſis oneribus hereditariis implicitus maneat, quibus primùm fuit obſtrictus: Neque enim ius adcreſcendi exonerare eum poteſt quia nec locum habet in portionibus agnitis *l.vnic. §. his ita diſſinitu.*C. *de caduc. tollend.* Tam autem agnoſcit ſemiſſem integrum, ex quo ſcriptus eſt Sempronius, qui eam ſolàm rem retinet qua contentus eſſe iuſſus fuit, acſi ſemiſſem ipſum totum retineret: cùm eam non alio iure habeat quàm quia eo teſtamento heres ſcriptus eſt: Atqui ſcriptus eſt ex ſemiſſe. Nihil enim commune habet ius hereditatis aut portionis hereditariæ cum eo commodo quod ex hereditate percipitur & retinetur. Nam & inde fit vt quamuis nihil ſit in hereditate quæ non eſt ſoluendo, nihilominus heres creditoribus hereditariis teneatur, ſi non inuentarij beneficium implorauit, quia perinde heres verus eſt atque ſi locupletiſſima hereditate potiretur. Inde etiam illud, quod ſi Senatuſconſulti Trebelliani autoritas non interueniret, dicendum eſſet heredem qui fide pleniſſima teſtatori éxhibita hereditatem totam fideicommiſſario reſtituiſſet, omnibus tamen oneribus hereditariis obſtrictum fore, quia & heres manet, vt diximus, ob ídque nimirum neceſſarium fuit auxilium ſenatuſconſulti, ne deſtituerentur ſupremæ defunctorum voluntates,nolente herede ſcripto eam adire hereditatem ex qua lucrum nullum ſperare, damnum verò certiſſimum ſubire poſſet. Nihil ergo eſt in propoſita ſpecie, quod Sempronium & ſemiſſe inſtitutum & certa re contentum eſſe iuſſum poſſit exonerare,quominùs creditoribus hereditarijs teneri debeat,præter Iuſtiniani conſtitutionem in *d.l.quoties*,quæ proculdubio hac in re nouum ius fecit. Illud enim verbum quo Iuſtinianus vtitur *decernimus* præ ſe fert manifeſtè nouum ius ea lege contineri. Ius autem nouum nullum eſt quod ad heredes ex certa re ſcriptos. Quis enim prudentum vnquam dixerat heredem ex certa re ſcriptum adiecto coherede teneri creditoribus hereditariis? aut, vt Iuſtiniani verbis vtar, aliquam diminutionem actionum hereditariarum occaſione heredum ex certa re ſcriptorum fieri? Nõ poteſt igitur ius nouum à Iuſtiniano inductum ad alios pertinere quàm

ad heredes ex aliqua aſſis parte ſcriptos, & iuſſos certis rebus pro ſua inſtitutione eſſe contentos. Quos etſi legatariorum loco haberi nemo vnquam ex prudentibus dixit, ſed eos demũ qui ex re certa ſcripti ſunt dato coherede, Iuſtinianus tamen ſuo & pragmaticorum noſtrorum more pinguiùs quàm ex iuris ratione par eſſet omnia æſtimans, ſic loquitur in *d. l. quoties*, quaſi nihil interſit an certæ rei quis heres ſit, an certæ partis pro qua certam rem retineri teſtator voluerit. Etſi verò poſt eam Iuſtiniani conſtitutionem nihil ſanè intereſt, quod ad onus æris alieni, quia ſic placuit Iuſtiniano ipſa etiam inuita iuriſprudentia, intereſt tamen quod ad cætera, maximè autem quod ad hoc, vt qui ex certa re heres ſcriptus eſt coherede dato, neque heres, neque exheres dici poſſit, ideóq́ue præteritus videri debeat ſi filius ſit aut alius qui vel inſtitui debuerit, vel exheredari: Non ſimiliter is qui ex certa aſſis parte ſcriptus eſt, tametſi fundo Corneliano in eius partis vicem contentus eſſe
11 iuſſus ſit. Itaque abutuntur † euidenter Iuſtiniani conſtitutione in *d. §. cæterùm Nouell.* 115. qui putant valere hodie teſtamentum in quo filius à patre aut matre inſtitutus ſit in certa re vel quantitate pro legitima. Sic enim faciũt vt Iuſtinianus qui vtiq; meliorẽ facere voluit condicionẽ filij vt & omnium quibus legitima debetur, fecerit deteriorẽ in eo quod hodie habebitur filius pro ritè inſtituto, in eo ipſo caſu, in quo habitus olim fuiſſet pro præterito. Quod quàm à Iuſtiniani mente alienum ſit Iuſtinianus ipſe teſtatur, cùm ait, nihil ſe aliud agere, niſi vt ab eo cui legitima debetur arceat notam præteritionis aut exheredationis. Quare nec de filio ex certa re ſcripto Iuſtinianus loquitur, ſed de filio herede nominato qui pro ſua inſtitutione certam rem ſibi habere iuſſus eſt. Ergo de filio qui ex aliqua hereditarij aſſis parte, non ex certa re fuit inſtitutus.

ANTONII FABRI I C.

DECAS DECIMASEXTA.

ERROR PRIMVS.

SVMMARIA.

De incunda æſtimatione rei debitæ ex iudicio bonæ fidei, aut ſtricto.

1 Erronea pragmaticorum ſententia de ineunda æſtimatione rei debitæ ex iudicio bonæ fidei aut ſtricto, & vnde ab iis colligatur.

2 In ineunda rei debitæ æſtimatione differẽtiã conſtituendam eſſe inter bonæ fidei, & ſtricti iuris iudicia, contra pragmaticos.

3 Æſtimationem de qua agitur, ab interpp. perperam quanti plurimi appellari.

4 Vbi meminerint prudentes æſtimationis quanti plurimi.

5 Maximè intereſt inter moram per interpellationem extraiudicialem contractam, & eam quæ per lapſum diei poſiti in obligatione contrahitur: contra pragmat.

6 Hotomanni & Cuiacij diſtinctio inter mercem & ſpeciem ratione æſtimationis reijcitur.

7 Sententia eorum qui diſtinguunt an mora aliqua præceſſerit litis conteſtationem nécne, vt ſi præceſſerit nulla ſit differentia inter iudicia bonæ fidei & ſtricta. ſi non præceſſerit, in illis quidem tempus rei iudicandæ, in his litis conteſtatæ inſpiciatur, refertur & refellitur.

8 Summa ſententia autoris de quæſtione ab initio propoſita.

TOTAM

TOTAM hanc quæſtionem De ineunda rei debitæ æſtima-
tione,ſiue ex bonę fidei iudicio,ſiue ex ſtricto vel arbitrario
debeatur,tractauimus fuſiſſimè,nec vt nobis videmur inſub-
tiliter *lib.*16.*Coniecturarum iuris ciuilis.* Sed tamẽ quia vix a-
lia vlla in forenſibus diſceptationibus occurrit frequentior,
de ea viſum eſt hîc etiam dicere quantum ſatis erit,non ad
leges omnes quæ ad hanc rem pertinent explicandas (poterit enim id ex
Cõiecturis noſtris commodè ſuppleri)ſed ad pragmaticorum & interpretum
errores demonſtrandos , ne quis poſthac in eos niſi ſciens & prudens impin-
gat. Primus† omnium error ille eſt quod putant nullam hac parte differen- 1
tiam eſſe inter iudicia bonę fidei & ſtricta:In omnibus enim ſpectandam eſſe
æſtimationem quanti plurimi vnquam res fuit ex die morę in diem vſq;con-
dẽnationis:ne alioqui eueniat vt debitori ſua proſit fruſtratio,ſi aut morę nul-
la ratio habeatur,aut debitor eius æſtimationis quæ hoc aut illo tempore mi-
nor fuerit præſtatione liberetur. Mouentur ex eo quòd quibuſdam iuris no-
ſtri locis ſcriptũ vident ſpectari tempus moræ ſiue per diei adiectionẽ lapsũm
que contracta ſit,vt in *l.vinum* 22.D.*de reb.credit.l.vlti. de condict.tritic.l.quo-
ties* 59. De *verb. obligat. l. hominem* 37. *D. mandat.* ſiue per interpellationem
extraiudicialem , vt in *l.penult.*D.*de condict.tritic.l.*3.§.*ſi per venditorem.* D.*de
act.empt.*Aliquando verò ſpectari tempus litis conteſtatæ , cùm nulla præce-
dentis moræ mentio fit,vt in *dict.l.vinum. dict.leg.vltim.d.l. hominem, l.*3.§.*in
hac.* D. *commod.* Aliquando denique inſpici tempus rei iudicandæ & con-
demnationis vt in *dict.*§.*ſi per venditorem.& dict.leg.penulti.*De *condict. tritic.*
Quos omnes locos non aliter inuicem conciliari poſſe putant , quàm ſi ad-
mittamus omnia iſta tempora ęquè ſpectanda eſſe, id eſt vtrò tempore pluris
res fuit moræ aut litis cõteſtatæ aut condemnationis, vel potiùs , quomodo
loquuntur , quódque longè diuerſum eſt , quanti plurimi vnquam res fuit à
tempore moræ vſque ad condemnationem. Nam ſi etiam poſt condemna-
tionem quoque æſtimatio creuerit, quid illi dicendum exiſtiment ſeparatim
poſteà videbimus. Ita vulgò noſtri omnes poſt *Bartol. ad dict.l. vinum de re-
bus credit.ad dict.l.penultim. De condict.triti. & ad l.*3.§.*in hac commod.* Contra
quos tam multa ſunt quæ vrgent ſi ex iuris ratione & legibus res agatur vt
nihil improbabilius dici poſſe videatur. Primùm enim negari non poteſt,
differentiam† inter iudicia bonæ fidei & ſtricta quam illi nullam agnoſcunt, 2
apertiſſimè conſtitui ab Vlpiano in *dict.*§.*in hac*,vbi ait in actione commoda-
ti ſicut in cæteris bonæ fidei iudiciis rei iudicandæ tempus quanti res ſit
obſeruari, quamuis in ſtricti iuris iudiciis litis conteſtatæ tempus ſpectetur.
Et ratio diſſimilitudinis euidens ex iis quæ in ſequentibus dicturi ſumus, fa-
cilè intelligitur. Nam quòd illi differentiam hanc quam fateri coguntur
coarctant ad eum caſum quo per actoris iuſiurandum in litem non officio iu-
dicis aut actionis iure res æſtimetur , quàm ab Vlpiano rectáque iuris ratio-
ne alienum ſit ſuo etiam loco diſſeremus. Deinde† quamuis prudentes nunc 3
his nunc illis locis aliter atque aliter ſentire videantur , ſpectantes aliquan-
do tempus moræ, vt diximus , aliquando tempus litis conteſtatæ, nonnum-
quam etiam tempus condemnationis , nullibi tamen reperias ſic eos loqui
vt dicant ſpectandum eſſe quanti plurimi vnquam res fuerit , ſed (ídque non
niſi certis duntaxat caſibus) vtro tempore pluris res fuit aut hoc illo , vt
in *dict.lege tertia* §.*ſi per venditorem* D.*action.empti.* Qua loquendi formula

Digitized by Google

longè alia quàm hæc quanti plurimi æſtimatio ſignificatur. Ea ſcilicet, quæ hoc aut illo tempore præciſe fuit, non quæ medio tempore maior interceſſit. Neque verò vnquam Iurecconſulti æſtimationis † huius *quanti plurimi*
4 meminerunt, niſi in tractatu legis Aquiliæ *l. ait lex 21. & paſſ. D. ad leg. Aquil.* aut cùm diſputant de condictione furtiua *lege in re furtiua. 8. §. 1. D. de condict. furt.* qui caſus propriam & ſeparatam habent rationem: Prior quidem propter verba legis Aquiliæ quæ volunt æſtimari rem quanti plurimi fuit eo anno quo damnum datum eſt facta retrorſum anni computatione: Poſterior verò, quia fur ex quo furtum admiſit moram in furto ſemper facere intelligitur *dict. l. in re §. 1. & l. 2. §. quæſitum D. de priuat. delict.* Sed & in eo noſtri
5 errant quod non † diſtinguunt an mora per interpellationem extraiudicialem contracta ſit, vt in *l. mora 32. D. de vſur. l. ſi ex legati 23. De verborum obligat.* an per lapſum diei poſiti in obligatione, vt in *dict. lege vinum 22. de reb. credit. d. l. vltim De condict. tritic. dict. l. quoties 59. de verbor. obligat.* cùm tamen inter vtramque moram interſit quàm maximè, vt ex ſequentibus apparebit. Nec multò feliciùs à recentioribus interpretibus tota hæc quæſtio explicata eſt.
6 Sunt enim qui diſtinguant vtrum † merx debeatur, an ſpecies vt *Franciſcus Hotomanus in quæſt. illuſtr. quæſt. 16. & Iacobus Cuiacius ad Africanum in l. mercis 207. De verborum ſignification.* Contrà quàm ſcriptum ſit in *dict. l. vlt. de condict. tritic.* quæ idem iuris eſſe ait in cæteris rebus omnibus quod in mercibus. Item in *dict. l. 3. §. in hac Commod.* quæ cùm vult ſpectari tempus rei iudicandæ in bonæ fidei iudiciis & litis conteſtatæ in ſtrictis, tractat proculdubio de ſpecie debita potiùs quàm de merce, quia commodari tantùm ſpecies poteſt non etiam merx niſi dicis cauſſa & ad oſtentationem vt ſcriptum eſt in *§. fin. eiuſd. legis & in l. ſeq* Alij diſtinguunt † an mora aliqua
7 præceſſerit litis conteſtationem nécne, vt ſi præceſſerit nulla differentia ſit inter iudicia bonę fidei & ſtricti iuris, ſi nõ pręceſſerit, tum verò id obtineat, quod diximus, vt in illis tempus rei iudicandæ, in his litis conteſtatæ inſpiciatur. Cùm tamen, nullus omnino iuris locus ſit ex quo probare poſſit in iudiciis ſtrictis reuocari debere æſtimationem ad tempus moræ. Nam quod his ipſis ferè verbis ſcriptum videtur in *d. l. penult. D. de condi. triticar.* longè aliam habet ſententiam & ad eum duntaxat caſum pertinet quo ſpecies debita facta ſit deterior poſt moram. Quo caſu ſicuti non dubitatur quin moroſi debitoris periculo ea deterioratio cedere debeat, ſicut & mors ipſa cederet, ſi homo debitus periiſſet poſt moram *d. l. ſi ex legati 23. De verb. obligat.* Ita nec fieri poteſt vt aliter ineatur æſtimatio quàm inſpecto tempore moræ: quod non ſimiliter contingit cùm eadem manente ſpecie, id eſt non facta deteriore, at fortaſſis etiam meliore reddita nihilominus æſtimatio eius decreuit, preciis rerum omnium eiuſdem ſpeciei pro tempore imminutis. Idque mirum eſt non fuiſſe animaduerſum à *Iacobo Cuiacio* qui ſibi parum hic conſtans in poſterioribus cogitationibus, id eſt *tract. 8. ad African.* ad *d. l. hominem*, magis probat hanc diſtinctionem, quam & probare cœperat ad *d. l.*
8 *59. De verb. obligat.* Mea † igitur, & ni fallor, prudentum quoque omnium ſententia eſt, ſiue merx, ſiue ſpecies debeatur, & ſiue mora aliqua conteſtationem præceſſerit, ſiue nulla, diſtingui debere iudicia bonæ fidei à ſtrictis, in ſtrictis enim ſpectari præciſè tempus litis conteſtatę, non aut moræ præcedentis aut ſubſecutæ condemnationis, licèt tunc cùm conteſtata lis eſt, minoris res fuerit *d. l. vinum d. l. vlt. d. §. in hac d. l. hominem*, niſi dies ſolutioni dicta

ſit

ſit vt ex iiſdem locis apparet. In iis verò quæ bonæ fidei ſunt, ſpectari quidem etiam tempus litis conteſtatæ ſi tunc pluris res ſit, ſed ſi aut quo tempore mora ante conteſtationem admiſſa eſt, aut quo res in condemnationem deducitur, maior æſtimatio proponatur ſpectari debere vtro tempore pluris res fuerit, nunquam autem quanti plurimi ab vno tempore in aliud tempus res fuit. Sed ſi dies in obligatione adiecta & ſolutioni dicta fuerit, eius diei æſtimationem præciſè & indiſtinctè ſequendam eſſe, id eſt in omni contractuū, & iudiciorum genere, ſiue poſteà res pluris eſſe cœperit, ſiue minoris. Verùm vt hæc omnia meliùs & commodiùs intelligātur de ſingulis ſeparatim & breuiter tractandum eſt. Sic enim fiet vt errores quoque interpretum pragmaticorum apertiùs detegantur.

ERROR SECVNDVS.

De natura iudiciorum bonæ fidei cùm agitur de re debita æſtimanda.

SVMMARIA.

1 *Quomodo accipiendum quod ait Vlpianus in l.3.§.in hac.D.commod. in in iudicijs bonæ fidei quum agitur de æſtimatione rei debitæ ſpectandum eſſe tempus rei indicandæ.*

2 *Cur ſi mora quæ præceſſit condemnationem tempore pluris res fuerit, quàm tunc ſit cùm deducitur in condemnationem, tempus moræ ſpectandum ſit in iudicijs bonæ fidei.*

3 *Cur nullo iuris loco meminerint prudentes litis conteſtatæ, cùm de æſtimatione ineunda in bonæ fidei iudiciis diſputant.*

4 *In iudicijs bonæ fidei licet rei debitæ æſtimatio creuerit à die moræ in diem litis conteſtatæ, aut à die litis conteſtatæ in diem vſque condemnationis, non tanti tamen debitorem condemnari oportet, contra pragmat. & interpp.*

5 *Vnde fiat vt in iudicijs bonæ fidei ſpectandum ſit tempus moræ.*

6 *In iudiciis bonæ fidei quod debetur, quale, quantum, quantúmque fuit, cùm petitum eſt etiam extra iudicium, tale, tantúmque præſtari & tanti æſtimari debet, niſi pluris eſſe cœperit tempore litis conteſtatæ, aut condemnationis.*

7 *Excipi ad ſupradicta iuris propoſitione iudicium mandati, in quo ſi pro te Titium ſoluerim, tanti condemnari mihi debes quanti Titius fuit, cùm à me ſolutus eſt.*

8 *In quæſtione de æſtimatione rei debitæ, ante omnia illud inſpiciendum quid ſit in obligatione, an æſtimatio, an res ipſa.*

9 *Quod de iudicio mandati dictum eſt, ad actionem negotiorum geſtorum quoque pertinere.*

10 *Cuiacij lapſus.*

IN iudiciis † bonę fidei ſi de ineūda rei debitę ęſtimatione quęratur, ſpectandum eſſe tempus rei iudicandę apertè ſcribit Vlpianus in *l.3.§.in hac D.commod.* vbi non ſolùm de actione cōmodati tractat, ſed generaliter de omnibus bonę fidei iudiciis, nec valdè diſſimiliter in *l.3.§.ſi per venditorē D.de action.empt.* 1
Niſi quod ibi tractans de actione empti & venditi quę bonę fidei eſt, ait inſpici debere vtro tempore res pluris fuit aut morę aut condemnationis, vt intelligamus quod ſcriptum eſt in *d.l.in hac* de inſpiciendo tempore rei iudicandę ſic accipi oportere. Non dicam, quomodo interpretes loqui ſolent, niſi mora aliqua condemnationem pręceſſerit (vix enim eſt vt nulla pręcedēte mora perueniatur vnquam ad condemnationem extra caſum *l.3.in princip.D.de vſur.*) ſed potiùs, niſi morę † quę pręceſſit tempore pluris res fuerit 2
quàm tunc ſit cùm deducitur in condemnationem. Hoc enim caſu bona fi-

des,quæ in his iudiciis exuberat maximè,ad inducendas pleniſſimas præſtationes, nõ patitur vt melioris cõditionis ſit debitor à quo petitur extra iudicium quàm ſi eo ipſo inſtanti litem ſecum conteſtari pateretur: ſcilicet quia quod ad bonam fidem præſtandam attinet nihil intereſt an in iudicio,an extra iudicium petatur,nec in aliud cõparata ſunt iudicia niſi vt exerceantur contra inuitos,*l.inter ſtipulantem 83.§.1.De verb.obligat.*nõ etiam contra eos qui bonam fidem vltro cognoſcere parati ſunt *l.quoties 9.§.ſicut autem. D. de adminiſtr.& peric.tutor.*Atqui ſi eo tempore quo petitum eſt extra iudicium lis conteſtata fuiſſet,tùmque æſtimatio maior fuiſſet quàm ſit tempore condemnationis,ea proculdubio æſtimatio deberetur quæ tunc fuiſſet.Nam quæ ratio facit vt in iudiciis ſtrictis tempus litis conteſtatæ ſpectari oporteat,eadem locum habet in iudiciis bonæ fidei,quia ſcilicet quale quid eſt,cùm petitur,tale dari debet,*l.2.D.de vſur.*vt in ſequentibus dicemus. Nulla enim cauſſa eſt propter quam meliorem eſſe oporteat conditionem moroſi debitoris ob id ſolùm quod bonę fidei iudicio conueniatur.Moræ ſiquidem præcedentis ratio coniũcta cum bona fide,quo magis non quominus cõdemnari reus debeat,facit.Ergo quemadmodum litis conteſtatæ tempus ſpectandum eſſet in ineunda æſtimatione rei debitæ ex iudicio bonæ fidei, ſiue tunc res pluris fuiſſet etiam mora alia præcedente,ne creditori noceat quod ante conteſtationem in mora debitorem conſtituerit,ſiue mora nulla præceſſiſſet, quia eo ſaltem tempore mora contraheretur quo fieret litis conteſtatio. Eadem ratione dicendum eſt bonam fidem efficere vt ſi per interpellationem extraiudicialem,& citra conteſtationem mora contracta ſit, tempus illud moræ extraiudicialis inſpici oporteat. Iſque Vlpiani ſenſus eſt in *dict. l. 3. §.ſi per venditorem.De action.empt.*cùm ait venditorem qui in mora fuit tradendæ mercis debitæ condemnari debere vtro tempore res pluris fuit, moræ aut condemnationis, vtraque enim mora tam quæ per congruam interpellationem contrahitur,quàm quæ per litis conteſtationem, & vtraque, vt diximus,eiuſdem effectus,cùm ex bonæ fidei iudicio agitur. Indéque nimirum† factum eſt vt neque illo,neque vllo alio iuris loco meminerint Iure-
3 conſulti litis conteſtatæ,cùm de iudiciis bonæ fidei diſputant,ſed tantùm vel moræ vel condemnationis,ſiue quòd moræ appellatione eam quoque ſcirẽt contineri quæ per conteſtationem contraheretur, ſiue quòd non putarent fieri poſſe vt quiſquam dubitaret, quin debitor ex contractu bonæ fidei æquè duram condemnationem ſubire deberet ſi litis conteſtatæ tempore pluris res fuiſſet,atque ſi ſtricti iuris iudicio vrgeretur. Nam vt ea æſtimatio præſtari debeat quæ conteſtationis tẽpore fuit,non fit alia quàm certiſſima conſtantíque iuris ratione,quæ proculdubio ſemper ſequenda eſt ſiue bonæ fidei ſiue ſtrictum iudicium proponatur,niſi cùm bona fides ſuadet vt ex iis contractibus in quibus bonam fidẽ exuberare oportet, plenior fieri debeat condemnatio:quod ipſum tum demum euenit,cùm moræ aut rei iudicandæ tempore pluris res eſt quàm tempore litis cõteſtatæ,non cùm minoris. Cæterum moræ ratio propter bonam fidem non vſqueadeò habenda eſt etiam in iudiciis bonæ fidei,vt ſi† rei debitæ ęſtimatio creuerit à die morę in diem
4 litis conteſtatæ,aut à die litis conteſtatæ in diem vſque cõdemnationis, tanti debitorem cõdemnari oporteat.In quo interpretes & pragmaticos omnes errare video qui quoties hanc quæſtionem tractant,ſemper de quanti pluri-mi æſtimatione loquuntur.Fruſtra enim Iureconſulti hoc aut illud tempus ſpectandum

ſpectandū eſſe dicerent, vt in *d.l. vinum 22. D. de reb. credit. l. pen. & vlt. D. de
condic. tritic. dict. l. 3. §. in h.t. D. commod.* aut vtro tempore pluris res fuit, vt in
d.l. §. ſi per venditorem. De action. empt. ſi è contrario quanti plurimi ab hoc
aut illo tempore res fuiſſet inſpici oporteret. Nam quod dicimus in his iu-
diciis † quæ bonæ fidei ſunt ſpectari tempus moræ, non ſit in odium moræ (vt 5
vulgò creditur) alioqui cùm moræ odium nullum eſſe poſſit niſi ex quo con-
tracta eſt, non moræ tempus inſpici deberet, ſed omne illud quod moram
ſecutum eſſet: at quia iuris & bonæ fidei coniuncta ratio id euincit, iuris,
quoniam quale quid eſt cùm petitur tale dari debet etiam ex iudicio quod
ſit ſtricti iuris. Bonæ fidei verò, quia licèt peti dentum id dicatur quod per
iudicem petitur, & de quo iudicium accipitur *l. amplius 15. D. rat. rem ha-
ber.* bona tamen fides non patitur vt exiſtimare debeamus quicquam refer-
re an per iudicem an ſine iudice petatur, id quod ex bonæ fidei contractu
debetur. Itaque quale †, quantum, quantíque id fuit, cùm petitum eſt etiā ex- 6
tra iudicium tale tantúmque præſtari, & tanti æſtimari debet, niſi pluris eſ-
ſe cœperit tempore litis conteſtatæ aut condemnationis. Media verò tem-
pora quod ad hanc rem pertinet non curamus niſi cùm de cōdictione furtiua
diſputamus, propter eam rationem quam nos ſuo loco oſtendemus, cùm
tractabimus *De quanti plurimi æſtimatione.* Excipiendum † tamen eſt & 7
ſeparandum à cæteris bonæ fidei iudiciis iudicium mandati. Nam ſi ho-
minem ſiue certum ſiue incertum pro te dari fideiuſſerim, & deinde Sti-
chum ſoluerim, nec pluris nec minoris condemnandus mihi es quàm quan-
ti Stichus tunc fuit cùm à me ſolutus eſt, licèt poſteà pluris eſſe cœperit mo-
ræ tempore, aut condemnationis ſiue mora per extraiudicialem interpella-
tionem contracta ſit, ſiue per conteſtationem. Sic enim accipiendus eſt A-
fricanus in *l. hominem 37. D. mandat.* Et ratio diſſimilitudinis aperta eſt,
quia actione mandati nihil peti poteſt niſi quod mandatario abeſt ex cauſa
impleti mandati, quoniam nec pluris eius intereſt *l. inter 26. §. abeſſe. D. mand.*
Mihi autem qui pro te Stichum ſolui nihil abeſt niſi tanti quantis ſolutionis tem-
pore is Stichus fuit, cùm ſi tantundem eo ipſo die aut poſtridie mihi præſti-
tiſſes liberatus fuiſſes. Nam ſi velim dicere, imò verò abeſſe mihi Stichum
quem hodie haberem & pluris vendere poſſem aucta iam ipſius æſtimatione
ſi pro te non ſoluiſſem. Habes paratam exceptionem, non poſſe fieri vt mihi
Stichum debeas, quem pro te ſolui neceſſario Stichi æſtimationem debe-
ri, quæ porrò ſemel certa debita numquam ex poſtfacto creſcere poteſt, non
magis quàm vt ex decem numis fiant vndecim. Toties enim creſcere po-
teſt æſtimatio quoties ipſa res debetur, cuius pretium pro temporum varie-
tate mutatur. Sempérque in hac quæſtione † illud ante omnia inſpiciendum 8
eſt quid ſit in obligatione, an æſtimatio an res ipſa: neque enim quæſtioni lo-
cus eſſe poteſt, cuius temporis habēda ſit ratio in ineunda rei debitæ æſtima-
tione, cùm non res, ſed eius æſtimatio ſola iam debetur. Quod tamen de
mandati actione dicimus, idem de † actione negotiorum geſtorum dictum 9
intelligi debet, vt ſi negotia tua gerens Stichum pro te ſoluerim, tanti con-
demnari mihi debeas quāti tunc Stichus fuit cùm à me ſolutus eſt: hæc enim
actio non ſolùm bonæ fidei eſt, ſed etiam accedit quàm maximè ad actionem
mandati, nec ferè in alio differt niſi quod actio mandati competit, ita de-
mum ſi mandatum præceſſerit, hæc verò cùm nullum mandatum interceſ-
ſit *l. ex mandato 20. §. 1. D. de mandat.* Cæterùm vtraq; competit ad id quod ab-

eſt ex cauſſa vel ſuſcepti mandati, vel negotij geſti. Proinde vtriuſque actionis eadem hac parte vt in cæteris ferè omnibus ratio eſt. † Errat 10 autem egregiè Iacobus Cuiacius qui ad Africanum in *dicta l. hominem*, ſcribit vel ex eo maximè loco probari, conſtituendam eſſe in hac quæſtione differentiam inter iudicia bonę fidei & ſtricti iuris, propterea quòd, inquit, Africanus apertè dicat differre actionem mandati quę bonæ fidei eſt ab actione ex ſtipulatu in qua non ſolutionis tempus ſpectari vult, ſed litis conteſtatę. Habet enim actio mandati naturam propriam, nec minùs à cæteris bonæ fidei iudiciis omnibus, ſi negotiorum geſtorum actionem excipias quàm ab actione ex ſtipulatu ſeparatam, quod & *Cuiacius* fatetur.

ERROR TERTIVS.

De natura iudiciorum ſtricti iuris in re debita æſtimanda.

SVMMARIA.

1 *In iudicijs ſtricti iuris tempus litis conteſtatæ præcisè ſpectandum eſt quoties agitur de ineunda rei debitæ æſtimatione.*

2 *Quale quid eſt cùm petitur tale dari debet, ſiue pluris tunc res ſit, quàm antè fuerit, aut poſtea eſſe cœperit: ſiue minoris.*

3 *Peti res tunc intelligitur, cùm de ea iudicium accipitur.*

4 *Cùm in diem certam debitum fuit, in iudicijs ſtrictis eius diei æſtimatio præcisè ſpectanda eſt.*

5 *Ratio ſuperioris effati, & expoſitio L. quoties. 59. Digeſt. de verbor. obligation.*

6 *Magnopere intereſſe an mora contrahatur per lapſum temporis, an per extraiudicialem interpellationem, contra pragmat. & interpp.*

7 *Moræ extraiudicialis in ſtrictis iudicijs ratio quatenus habeatur.*

8 *Vnde fiat vt in iudiciis bonæ fidei ſpectemus æſtimationem quæ fuit tempore moræ: & quando ſpectanda ſit.*

9 *Diſtinctio contractuum in contractus bonæ fidei & ſtricti iuris, vnde ſit.*

10 *Vnde fiat vt ſpectetur æſtimatio diei in obligatione adiectæ.*

11 *Refellitur error pragmatic. & interpp. ſtatuentium auctâ poſt moram æſtimatione ante litem conteſtatam, deberi actori quanti plurimi res fuerit ab eo tempore moræ, tametſi minoris ſit litis conteſtatæ aut condemnationis tempore.*

12 *In iudicijs ſtrictis ſpectamus præcisè tempus litis conteſtatæ, non etiam moræ, aut condemnationis, media verò tempora multò minus, at in ijs quæ ſunt bonæ fidei ſpectatur quidem tempus litis conteſtatæ, ſed non adeò præcisè, quin præcedentis moræ, aut rei iudicandæ dies inſpiciatur ex bona fide, vtrò tempore res pluris fuit.*

13 *Excipitur caſus quo in diem certum obligatio concepta eſt, tunc enim illius diei æſtimatio vtrobique ſpectanda.*

1 DIXIMVS primo huius Decadis capite, ita ius comparatum eſſe vt in iudiciis quæ ſtricti iuris appellantur, aut vt Papinianus dicere malebat in *l. 3. §. in his quoque. D. de vſuris.* quæ nec bonę fidei ſunt, nec arbitraria, tempus litis cōteſtatę præcisè ſpectari oporteat, quoties agitur de ineunda rei debitæ æſtimatione, præcisè, inquam, id eſt nulla ratione habita eius æſtimationis quæ maior ſit tempore condemnationis aut eius quæ maior fuerit

fuerit tempore moræ,ſi qua præceſſerit litis conteſtationem , atque ita acci-
pi debere quod ſcriptum eſt in *lege vinum* 22.D.*de rebus credit.l.vltima* D. *de*
condict.tritic.l.hominem 37. Digeſt. *mandat.l.3. §. in hac.* D. *commod.* Ratio eſt
quam Papinianus licèt in aliam rem adfert in *lege* 2 D *de vſuris.* quod† quale 2
quid eſt cùm petitur tale dari debet , ſiue pluris tunc res ſit quàm antè fue-
rit aut poſteà eſſe cœperit , ſiue minoris. Peti autem res † tunc intelligitur 3
cùm de ea iudicium accipitur , non autem cùm vel interpellatio extraiudi-
cialis ſit ad inducendam moram,vel deducitur lis in cõdemnationem *l. am-*
plius 15.D.*rat.rem heber.d.l.2.* iunct.*l.videamus* 38.§.*ſi actionem.*D.*de vſur.* Ita-
que nullo iuris loco ſcriptum reperias in hoc iudiciorum genere inſpicien-
dum eſſe tempus moræ aut rei iudicandæ, aut aliud vllũ denique præterquàm
litis conteſtatæ:niſi cùm in diem†certam debitum fuit. Tunc enim placuit e- 4
ius diei æſtimationem præciſè ſpectandam eſſe,*d.l.vinum d.l.vlt.& l. quoties*
59.D.*de verb.oblig.* vbi ratio redditur *Alioquin rei captio erit.* Cuius hic ſenſus
eſt,Debitoris damno & fraudi ceſſurum eſſe ſi adiecto die alterius temporis
ſiue præcedentis ſiue ſubſequentis in æſtimãda re debita ratio haberetur,cùm
in eam diem expreſſim obligationẽ concipi voluerit , vt dubitari non poſſet
quin eius tẽporis rationẽ haberi oporteret. De quo dicemus latiùs *cap.ſequẽ-*
ti. Hîc adnotaſſe ſufficiet interpretes & pragmaticos omnes malè ſupradictis
legibus abuti vt probent , etiam in iudiciis ſtrictis ſpectandum eſſe tempus
moræ quæ conteſtationem præceſſerit ex interpellatione extraiudiciali. Qua-
ſi nihil interſit an mora contrahatur per lapſum temporis an per extraiudi-
cialem interpellationem. Nam imò verò†intereſt quàm maximè ,quia mora 5
quæ per lapſum diei in obligatione poſiti contrahitur,pendet & proficiſcitur
non ſolùm ex iure obligationis, ſed etiam ex verbis conuentionis. Ideó-
que quantumuis obligatio ſtricta ſit & ſtrictè interpretanda,fieri tamen ne-
quit vt eius temporis quod ſpecialiter & expreſſim in conuentionem dedu-
ctum eſt rationem haberi non oporteat. Quod non ſimiliter dici poteſt cùm
alio quàm obligationis iure & ſola interpellationis extraiudicialis poteſta-
te contracta eſt mora:non quòd ex contractibus ſtrictis perindeatque ex iis
qui bonæ fidei ſunt mora contrahi nequeat per interpellationem extraiudi-
cialem & citra conteſtationem. Sed quia cùm in iudiciis ſtrictis nulla bonæ
fidei ratio habeatur, ſed mero ſtrictóque iure fiat condemnatio , nulla quo-
que moræ†extraiudicialis ratio haberi poteſt, niſi hactenus vt ſi poſt eam 6
moram res perierit aut deterior facta ſit,nihilominùs obligatio qualis quan-
táque anteà fuit perpetuetur acſi res non periiſſet aut deterior facta non
fuiſſet,*l.ſi ex legati* 23.*l.ſi ſeruum* 91.§.*ſequitur.& §.vlti.* De *verb.obligat.l.pro-*
miſſor. 21. *& l.* 23. D. *de pecun.conſtit.* Nam vt in iudiciis † bonæ fidei ſpecte- 7
mus eam æſtimationem quæ fuit tempore moræ,non fit ex iuris ratione ali-
qua,ſed tantùm ex iudicij æquitate,id eſt ex bona fide quæ in eo iudicio-
rum genere pleniores & vberiores præſtationes inducit , vt proximo capi-
te dicebamus. Vnde fit vt nec aliter tempus illud moræ ſpectandum ſit,
quàm ſi res eo tempore pluris fuerit,*l.3.§.ſi per venditorem.* D.*de action. empt.*
quia non eſſet ex bona fide vt in moroſi debitoris cõmodum moræ tempus
inſpiceremus repugnante præſertim ipſa iuris ratione quæ in omni contra-
ctuum & iudiciorum genere ſpectari vult tempus litis conteſtatæ. At in in-
diciis ſtrictis nullus æquitati ad irrogandam grauiorem condemnationẽ lo-

eus relinquitur, quia nec negotij natura id patitur, nec ipſa etiam bonæ
fides in eo genere negotiorum interpretationem hanc admittit. Fit enim
9 proculdubio ex negotiorum † qualitate & differentia, vt contractuum a-
lij bonæ fidei, alij ſtricti iuris eſſe exiſtimentur. Itaque mala eſt & inepta
illa interpretum & pragmaticorum ratiocinatio, cùm aiunt, Adiecta die
in obligatione ſi de æſtimanda re quæratur ſpectari diem illam quaſi tem-
pus moræ, propterea quòd, inquiunt, dies tacitè interpellat pro homine
l. magnam. Cod. de contrah. & committ. ſtipul. Vt inferant multò igitur magis
ſpectandum eſſe tempus moræ per interpellationem expreſſam contractæ,
ne alioqui maior taciti quàm expreſſi vis eſſe videatur. Negandum enim
10 eſt quod illi pro vero habent ſpectari † diem in obligatione adiectam, qua-
ſi ad eam diem tacitè interpellato debitore & in mora conſtituto. Nam
vt ſpectetur æſtimatio, quæ tum fuit, facit voluntas ſola contrahentium,
quos dici non poteſt alia de cauſſa diem certum obligationi adiecisse, ni-
ſi vt eius temporis non alterius vllius ratio haberetur, ſiue in æſtimanda
re debita, ſiue in taxando eo quod creditoris ob non factam ſolutionem
intereſſet, *l. ſi Calendis* 11. *D. de re iudicat. l. ſi fundum certo die* 114. *de ver-
borum oblig at. l.* 3. D, *de in lit. iur.* Ex quo euenit vt etiamſi maximè ex bonæ
fidei iudicio agatur aduerſus eum qui ad certum diem dare rem debuit,
nec dedit, perinde ſpectari debeat quanti res eo die fuit, licèt poſt diem æſti-
matio creuerit, ita ferente ſcilicet natura & conditione obligationis, vt ſe-
quenti capite dicemus, cùm tamen ſi nō niſi propter moram eo tēpore con-
tractā deberetur æſtimatio quę tùm fuiſſet auctæ poſtmodum æſtimationis
rationem nihilominus haberi oporteret, ſi fortè litis conteſtatæ aut iudicati
dę tempore pluris eſſe res proponeretur *dict. l.* 3. *§. ſi per venditorem.* D. *de a-
11 ction. empt. dict. l.* 3. *§. in hac.* D. *commod.* Sed multò grauior † interpretū & pra-
gmaticorum error ille eſt, quòd volunt Aucta poſt moram æſtimatione ante
litem conteſtatam deberi actori quanti plurimi res fuerit ab eo tempore mo-
ræ tametſi fortè minoris tunc ſit cùm lis conteſtatur, vel in condemnatione
deducitur. Nullo enim caſu id verum eſt ſiue bonæ fidei iudicium ſiue ſtri-
ctum exerceatur, ſiue pure, ſiue in diem certam concepta ſit obligatio. Nimi-
rum quoniam mora numquam auget principalem obligationem, ſed tantùm
eam quæ eſt, perpetuat inducitque præſtandarum acceſſionum æquitatem
quantum iudicij natura ferre poteſt. Atqui æſtimatio rei quæ pro re debita
præſtatur non acceſſionis iure cenſeri debet, cùm perinde ſit in obligatione
principali, atque res ipſa in cuius vicem locúmque præſtatur. Non igitur ob
id quòd mora præceſſerit amplioris æſtimationis condemnatio fieri poteſt.
Nam & cùm moræ tempus ex bona fide ſpectandum eſſe admittimus, id eſt
in iudiciis bonæ fidei, non ad moram contractam reſpicimus, ſed ad id quod
cum quale quidque eſt cùm petitur tale dari debeat *dict. l.* 2. *de vſur.* bona fi-
des poſtulat vt exiſtimare debeamus nihil intereſſe an per iudicem an extra
iudicium petatur id quod debetur. Indéque fit vt inſpiciamus eo caſu tem-
pus quo mora contrahitur, non illud, quo iam contracta eſt, quod tamen
maximè ſpectandum eſſet ſi moræ odium ſententiam hanc aduerſus ratio-
nem iuris extorſiſſet. Neque enim moræ odium vllum eſt, niſi ex quo con-
tracta fuit. Prius autem eſt vt contrahatur, quàm vt contracta videri poſſit.
12 Illa igitur differentia † inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris admittenda eſt,
quod in his quę ſtricti iuris ſunt ſpectamus prçciſè tempus litis conteſta-
tæ,

Google

tæ,non etiam moræ aut cōdemnationis, media verò tempora multò minùs. in aliis autem quæ bonæ fidei ſunt ſpectamus quidem tempus litis conteſtatæ, ſed non adeò præcisè quin præcedentis moræ aut rei iudicādæ dies inſpiciatur ex bona fide,vtro tempore res pluris fuit. Non tamen quanti plurimi res fuerit à die moræ in diem vſque litis conteſtatæ aut à die litis conteſtatæ in diem vſquecondēnationis.Excipiendus †ſemper caſus ille eſt quo in diem 13
certum obligatio concepta proponatur. Tunc enim idem iuris in omnibus ſiue bonæ fidei ſiue ſtrictis iudiciis obtinet vt eam æſtimationem deduci in condemnationem præſtarique oporteat, quæ illo ipſo tempore fuit, ſiue maior fuerit ſiue minor quàm ſit tempore interpellationis, aut conteſtationis, aut condemnationis.De quo ſupereſt iam vt videamus.

ERROR QVARTVS.

De æſtimanda re in diem certum debita.

SVMMARIA.

1 Si obligatio purè concepta ſit,& quæratur de ineunda rei debitæ æſtimatione, obtinent ea quæ ſupp.capp.dicta ſunt.

2 Si in diem certum concepta ſit obligatio, cuius temporis ſpectanda ſit æſtimatio.

3 Sententia interpretum & pragmaticorum.

4 Adiectio diei facit, vt eius temporis æſtimatio præſtanda ſit,non propter moram, ſed ex contrahentium voluntate, contra pragmat. & interpp.& nu.6 9.

5 Dies quatenus pro reo, quatenus pro ſtipulatore adiectus cenſeatur.

7 Mora non poteſt facere vt obligationis ſemel conſtitutæ ſubſtantia & conditio immutetur, ſed tantùm vt vel perpetuetur obligatio, vel acceſſionum præſtatione augeatur.

8 Cùm ſtipulatio diem certum habuit, nec eo die res ſoluta eſt,& fructus debentur ſtipulatori qui ab eo die percepti ſunt, & vſuræ,& generaliter quicquid intereſt ſtipulatoris ſua die ſolutum fuiſſe.

10 Mora nulla intelligitur, vbi nulla petitio eſt.

11 Vt quod ex ſtipulatione debetur, poſſit exigi, ſufficit conditionem ſtipulationis extitiſſe.

12 Facit bona fides vt cùm dies obligationi bonæ fidei adiecta non eſt, ſpectandum ſit tempus moræ, aut rei iudicandæ: poteſtas verò obligationis vt ſpectetur æſtimatio diei adiectæ.

13 Ex mora contracta vbi dies obligationi adiecta eſt,obligatio augeri nequit: ſed ea æſtimatio præcisè præſtanda quæ fuit tempore diei adiectæ.

OMNIS obligatio vel purè concipitur, vel in diem, vel ſub condicione, ſi purè † concepta ſit & quæratur de ineunda rei debitæ 1
æſtimatione obtinent ea quæ iam diximus. Si ſub condicione quid ſtatuendum ſit proximo capite dicemus. Si in diem † cer- 2
tum(incertus enim pro condicione habetur,nec minùs in contractibus quàm in vltimis voluntatibus,*lege ſtipulatio iſta* 38.§. *inter certam.* De *verbor. oblig. lege dies incertus* 79. *De condic. & demonſtrat.*) cuius temporis æſtimatio ſequenda ſit,elegantis eſt diſceptationis. Etſi enim pleriſque iuris locis generaliter & indiſtinctè ſcriptum legimus tanti rem æſtimandam eſſe quanti eo die fuit,quo dari debuit,vt in *lege,vinum* 22.D.*de reb.credit.l. vltim.De condic.triticar.lege hominem* 37.D.*mandat.l.quoties* 59.D.*de verborum obligat.* Id tamen noſtri & interpretes † & pragmatici paſſim ſic intelligunt, vt ſi ab eo 3
tēpore æſtimatio creuerit,condemnandus ſit debitor quāti plurimi vnquam

Digitized by Google

res fuit, ſiue bonæ ſidei ſiue ſtricti iuris iudicium exerceatur. Perinde, in-
quiunt, acſi mora per interpellationem expreſſam contracta eſſet. Nihil
enim intereſſe putant inter hanc & illam moram, & odio moræ adſcri-
bunt hoc ipſum quod dicimus, Adiecta die æſtimationem illam quæ tum
fuerit, deberi quaſi tacitè interpellato eo qui ad certum diem dare debuit,
vt eadem ſit ratio tacitæ & expreſſæ interpellationis. Ego contrà puto: ad-
4 iectionem † diei facere vt eius temporis æſtimatio præſtanda ſit non propter
moram, quæ ex ſolo diei lapſu contracta ſit, ſed ex contrahentium volunta-
te, quam negari non poteſt talem fuiſſe, vt ſiue pluris, ſiue minoris tunc res
eſſet, tempus illud vnicum & præciſè ſpectari oporteret. Nam ſicuti dies ad-
5 iicitur † pro reo vt totum medium tempus liberum habeat ad ſoluendum
nec ante diem inquietari poſſit, *lege eum qui* 41. §.1. *& lege ſequent.* De *verb.
obligat.* Ita & pro ſtipulatore, vt reus intelligat ſibi ſoluendum eſſe ad eam
diem: nec poſt eam diem facturum ſe ſatis ſi ſoluat, niſi præterea præſtet
quanti interfuit creditoris ea die ſolutum fuiſſe, *lege ſi certo die* 114. *eodem. l.
numis* 3. *D. de in lit. iur. lege ſi* Calendis 11. D. *de re iudicat.* vbi elegans ratio
redditur quæ & ad propoſitam diſputationem maximè pertinet, quòd ex
6 eo tempore † quidque æſtimandum ſit quo nouiſſimè ſolui potuit. Inde e-
nim fit neceſſariò, vt non alia æſtimatio deberi poſſit, quàm quę pręciſè
fuit eo tempore, quo rem dari ex conuentionis verbis oportuit: ſiquidem
ante nouiſſimam illius diei horam, imò verò nouiſſimę horę vltimo inſtanti
potuit promiſſor ſoluendo ſatisfacere conuentioni, poſt eam horam de-
ſiit poſſe, atque in id concurrit voluntas vtriuſque contrahentium, vt ſi
res ad diem ſoluta non erit, ea pręciſè & omnimodo debeatur ęſtimatio, quę
tum fuit, ſiue maior fuerit, ſiue minor quàm quę ſuperuenit, non ſecus acſi
diſertè conueniſſet, vt non facta ad diem ſolutione, quanti tunc res eſſet pręſ-
taretur: quo caſu nemo dubitaret, quin alia ęſtimatio deberi nulla vn-
quam poſſet, tametſi poſt moram millies ſi voles contractam pluris eſſe res
cœpiſſet, quia ſemper in ſtipulationibus cęteriſque contractibus ſequimur
7 id quod actum dictúmque eſt, nec interueniens mora † facere poteſt vt obli-
gationis ſemel conſtitutę ſubſtantia & conditio immutetur, ſed tantùm vt
vel perpetuetur obligatio quę alioqui erat interitura, vel acceſſionum pręſ-
tatione augeatur, *l. fundum Cornelianum* 28. D. *de nouat.* vbi Papinianus ſcri-
bit, ſi fundum Cornelianum ſtipulatus poſtea ſtipuler quanti fundus eſt, a-
gentem me quandocumque ex ſecunda ſtipulatione etiam poſt moram pro-
miſſoris non amplius conſecuturum quàm quanti res fuerit tempore inter-
poſitę ſtipulationis, nimirum propter verba illa ad id tempus relata *quanti
res eſt* quę ad aliud tempus extendi nullomodo poſſunt. Eam autem ſolius
diei adiectionis vim eſſe quam dicimus, ex eo apparet quòd quamuis ex ſti-
pulatione cęteriſque contractibus ſtricti iuris nihil peti poſſit ſuprà quàm
obligatione ipſa ſit comprehenſum, nec ſi mora contracta ſit, *l. quicquid ad-
ſtringendæ* 99. *de verborum obligation. l.* 4. D. *de vſuris.* tamen cùm ſtipulatio
8 † diem certum habuit, & fructus debentur ſtipulatori, qui ab eo die per-
cepti ſunt, & vſurę & generaliter quicquid intereſt ſtipulatoris ſolutum ſua
die fuiſſe, *dicta lege ſi fundum certo die* 114. *De verborum obligation. dict. l.* 3.
De *in lit. iur.* Quaſi his omnibus expreſſim deductis in ſtipulationem hoc i-
pſo quòd dies inſerta eſt, dictáque ſolutioni. Quòd ſi in acceſſionibus id ob-
tinet, multò magis admittendum eſt debere idem in ęſtimatione ineunda
obtinere,

Digitized by Google

obtinere, quæ nihil aliud eſt quàm ipſa res, quæ eo die dari debuit, aut ſal-
tem ipſius rei loco ſuccedit. Et ſanè ius hoc quod à prudentibus conſtitu-
tum eſt vt adiecta † die inſpici debeat quanti tunc res fuit, non ex odio 9
moræ debitoris, ſed ex vi ipſa & poteſtate obligationis deſcendere intel-
ligi facilè poteſt ex eo, quod prudentes ineundæ æſtimationis rationem hoc
caſu ſemper referunt ad illam ipſam diem in qua fieri ſolutio debuit, qua
tamen die nulladum mora contracta videri poteſt, cùm, vt diximus, non
niſi poſt vltimum illius diei inſtans præteritum quicquam peti à debi-
tore poſſit *lege qui hoc anno 42. De verborum obligation.* Conſtat enim mo-
ram † nullam intelligi vbi petitio nulla eſt, *l. mora 88. de regulis iur. l. ſi pupillus* 10
127. de verbor. obligation. Prius autem eſt vt mora contracta ſit, quàm vt mo-
ræ tempus inſpici poſſit. Quare tametſi ponas aliquid eſſe quod impediat
ne mora per diei lapſum contrahatur, vt puta ſi eo die nemo fuerit qui ſol-
ueret debitore fortaſſis defuncto vel creditore, nedum adita eius heredita-
te. Non tamen dubito quin idem iuris ſit ſi de re debita æſtimanda quæ-
ratur, id eſt, quin ea ipſa æſtimatio debeatur quæ tunc fuit, quoniam ita fe-
runt verba ſtipulationis. Nam etſi creditor ſtipulatus eſſet pœnam in ca-
ſum non ſolutæ ad diem pecuniæ, pœnę nihilominùs committeretur, quam-
uis ſit illa longè odioſior, durúmque videatur pœnę obſtringi cum cui nihil
poſſit imputari *lege ad diem 77. eodem. l. vlt. D. de nautic. fœnor.* Hoc ideò
quia vt † quod ex ſtipulatione debetur poſſit exigi, ſufficit conditionem ſti- 11
pulationis extitiſſe, nec prętereà requirimus vt debitor fuerit in mora. Nihil
enim commune habet mora cum iure obligationis, neque intereſt quic-
quam ſtipulatoris an mora contracta ſit nécne, vt poſſit id exigere quod ſibi
non propter moram debetur, ſed propter ſtipulationem. Et verò cùm di-
cimus † in æſtimatione rei debitæ ineunda moræ tempus ſpectandum eſſe 12
aut etiam rei iudicandæ vtro tempore res pluris fuit (quod non euenit niſi
in bonæ fidei iudicijs cùm dies obligationi adiecta non eſt (non tam ad ius
obligationis reſpicimus quàm ab bonam fidem, quę cùm in hoc indiciorum
genere plenior & exuberãtior eſſe debeat facilè hanc admittit interpretatio-
nē, quoniã bona fides nõ patitur vt melior ſit cõditio debitoris ob id quod
nõ niſi extra iudiciũ interpellatus eſt, quàm ſi in iudicio interpellatus, litém-
que conteſtatus eſſet, aut vt non debeat eam æſtimationē pręſtare quę rei iu-
dicandę tēpore maior reperitur, cùm ſi rē ab initio debitor dediſſet eã nunc
actor haberet: quę verò data non eſt, & dari iã olim debuit, ſaltē hodie dan-
da eſt, inquit Paulus in *l. ſi ſterilis 21. §. cùm per vēditorē. de act. emp.* Atqui cùm
cõſtat quid actũ & in obligationē deductũ ſit, ſufficit poteſtas obligationis,
nec neceſſe eſt recurrere ad bonę fidei interpretationem, quandoquidem ex
bona fide non minùs quàm ex iuris neceſſitate illud quoque eſt vt quod a-
ctum dictúmque fuit omnimodo pręſtetur. Fieri ergo nequit ſiue iuris ra-
tionem inſpicias, ſiue æquitatem illam quę ex bonę fidei interpretatione in-
ducitur, vt obligatione in diem certum concepta æſtimetur res debita al-
terius quàm expreſſi temporis habita ratione, non ſolùm ſi ſtricti iuris iudi-
cio agatur, quod minorem habet dubitationem, ſed etſi bonę fidei actio e-
xerceatur. Dices, ita cõſtituto iure futurum vt debitoris mora ei proſit, cùm
ſi dies adiectus non eſſet, eam æſtimationem vtique deberet quæ aut inter-
pellationis, aut conteſtationis, aut rei iudicatę tempore pro iudiciorum qua-
litate & varietate maior reperiretur. Sed iam reſpondi moram † facere non

poſſe vt obligatio augeatur, nõ magis quàm vt Stichum & Pamphilum poſt moram debeat is, qui citra moram Stichum duntaxat deberet, aut vt debeat quindecim qui nõ niſi in decẽ obligatus fuit. Quemadmodũ igitur ſic concepta obligatione *ſi fundum Calendis proximis non dederis, quanti nunc is fundus eſt dari*, nemo dubitat quin licèt mora cõtracta líſque conteſtata & condemnatio irroganda ſit, ea tamẽ æſtimatio debeatur, quæ fuit tempore contractæ obligationis, tametſi poſteà longè pluris fundus eſſe cœperit *d.l.fundum* 8. D.*novat*. Ita fatendum eſt, ſimpliciter concepta in diem certum obligatione non aliam æſtimationem deberi poſſe quàm quæ tum fuit cùm dari res debuit, quamuis mora contracta ſit, & poſt moram æſtimatio creuerit, quia ſola diei adiectio facit vt perinde ſit acſi in caſum non factæ ſolutionis promiſſa fuiſſet diſertis verbis ea æſtimatio quæ illo ipſo die futura eſſet.

ERROR QVINTVS.

De ineunda æſtimatione rei debitæ ſub conditione.

SVMMARIA.

1 *Inter certam & incertam diem quantum interſit ratione æſtimationis rei debitæ.*

2 *Quodnam tempus ſpectandum ſit in æſtimatione rei ſub conditione debitæ ineunda.*

3 *Ex Bartoli & ſequacium ſententia ſpectandum tempus interpellationis factæ poſt exiſtentem conditionem.*

4 *Sententia autoris de propoſita nu.2. quæſtione.*

5 *Obiectio contra Bartoli opinionem, atque autoris ſententiam petita ex l.quoties. 59. D. de V.O. vbi Iulianus tempus exiſtentis conditionis ſpectandum ait.*

6 *Reſponſio Bartoli ad d.l. & eius refutatio.*

7 *Sententia Cuiacij tempus exiſtentis conditionis ſpectandum eſſe.*

8 *Reſponſio autoris ad d.l. & eiuſd. leg. accurata expoſitio.*

9 *Quæ ſit ſententia rationis quam affert Iulian. in d.l. his verbis, alioquin rei captio erit*

10 *d.l. Quoties, emendatio ab Hotomanno allata reijcitur.*

1 INTER certam †& incertam diem multum intereſt. Diei enim certæ adiectio facit vt quoties quęritur quid ex contractu præſtari oporteat, æſtimãda ſint omnia ex eo die quo dari res debuit, ídq; ex tacita contrahentiũ voluntate quos nõ alia de cauſſa obligationi certam diem inieciſſe dici poteſt, eóque caſu obtinẽt quæ proximo capite diſputauimus. At cùm dies incerta eſt fieri nequit vt de certa æſtimatione ineunda contrahentes cogitauerint, quia non poteſt incerti temporis certa vlla eſſe æſtimatio, non magis quàm ſi ſub conditione obligatio contracta proponeretur. Dies enim incertus pro conditione eſt, nec minùs in obligationibus quàm in teſtamentis *l.ſtipulatio iſta* 38. §. *inter certã*. D. *de verb.obl.l.dies incertus* 102. *De cõdi. & demõ*. Ergo etſi quid ſub cõditione debeatur, nec exiſtẽte conditione ſoluatur, æſtimatio facienda erit alio tẽpore inſpecto, quã quo extitit cõditio, quia licèt diei tam certæ quàm incertę & cõditioni cuilibet cõmune illud ſit vt non magis ante diem agi poſſit quàm ante cõditionẽ exiſtentẽ, poſteà verò quàm dies venit aut cõditio extitit perindę agere liceat, tamẽ differẽtia in eo eſt, quod poſteaquàm dies venit quę ab initio certa fuit, deſinit promiſſor poſſe ſatisfacere

conuen-

Digitized by Google

conuentioni,adeò vt etiam ſi prima diei ſequentis hora ſoluat, verum tamen ſit non ſoluiſſe illum quo tempore ſoluere ex conuentione debuit. Vbi verò conditio extitit,non eo minus ſatisfacit conuentioni debitor ſi aut interpelletur,aut ante interpellationem ſoluat,quamuis longo pòſt tempore, quia exiſtens conditio nihil aliud facit niſi vt obligatio quæ primùm fuit conditionalis pura fiat & pro eo habeatur,acſi ab initio pura fuiſſet. At ſi conditio nulla adſcripta eſſet non eo minùs admitteretur debitor ad ſolutionem quãdocunque faciendam & quidem ex natura & poteſtate conuentionis, quoniã quod obligatio pura eſt eò tantùm pertinet vt ſtatim vrgeri poſſit,nõ autem vt hoc ipſo deſinat poſſe conuentioni ſatisfacere quaſi iam in mora conſtitutus,alioqui dicendum eſſet in eodem tempore & obligationem & moram contractam intelligi,quod certè nec iuris nec æquitatis ratio admittit, *l.quod dicimus* 165.D.*de ſol.l.promiſſor Stichi* 21.§.1. *D. de conſt. pecu.* Proinde ſi res quæ ſub conditione debebatur exiſtente conditione ſoluta non ſit,nihil cauſſæ eſt cur in ea re æſtimanda tempus illud ſpectare debeamus quo conditio extitit,quia vnumquidque æſtimandum eſt ex eo tempore non quo primùm peti, ſed quo nouiſſimè ſolui potuit,vt eleganter Celſus ſcribit in *l. ſi Calendis* 11.D.*de re iudicat.*Quodnam † igitur tempus ſpectabimus? *Bartolus* quem 2
vt cæteri vulgares interpretes,ita & pragmatici ſequuntur,ſcribit ad *l.quoties* 59.D.*de verb.obligat.* ſpectandum † eſſe tempus interpellationis quæ facta ſit 3
poſt exiſtentem conditionem ſtipulationis, propter moram quæ tunc contrahitur. Eſt enim *Bartolus* & poſt eum cæteri in perpetua illa hæreſi vt putent moræ tempus ſemper inſpiciendum eſſe ſiue purè ſiue in diem certam incertámve,aut ſub conditione concepta fuit obligatio, & ſiue bonæ fidei ſiue ſtricti iuris actio exerceatur : Quod quoniam nos in præcedentibus ſatis ſupérque refutauimus,ſupereſt hoc vnum, vt quid obligatione ſub conditione contracta ſentiendum putemus,exponamus. Quamquam hoc ipſum quoque ex iis quæ hucuſque diximus intelligi facilè poteſt. Nam ſi obligatio † conditionalis poſt impletam conditionem pro pura habetur, conſequens 4
eſt vt idem omnino iuris obſeruari debeat, quod obtineret ſi obligatio purè contracta proponeretur. Atqui eo caſu diſtingueremus bonæ fidei iudicia à ſtrictis. Nam in ſtrictis ſpectaremus tempus litis conteſtatæ præcisè, non etiam moræ, vel condemnationis, in aliis verò vtro tempore pluris res fuiſſet aut moræ aut rei iudicandæ, *leg.3.§.in hac.ff.commod.l.vltim.ff.de condict. tritic.l.3.§. ſi per venditorem.ff.de act.empt.* Idem igitur dicendum erit, eadémque diſtinctio adhibenda, ſi obligatio concepta fuerit ab initio ſub conditione quæ poſteà extiterit. Obſtat † tamen & nobis & *Bartolo* quod Iu- 5
lianus in *l. quoties* 59. *De verbor. oblig.* eandem in hac quæſtione rationem conſtituere videtur diei & conditionis. Ait enim, Quoties in diem vel ſub conditione oleum quis ſtipulatur,eius æſtimationem eo tempore ſpectari oportere quo dies obligationis venit. Tunc enim, inquit, ab eo peti poteſt, alioquin rei captio erit. Conſtat enim obligatione contracta ſub conditione diem ipſius non ſolùm ceſſiſſe, ſed etiam veniſſe, intelligi ſtatim atque conditio euenit, *l.cedere diem* 213. *De verb. ſignific.* ideóque protinus ex ea agi poſſe, non ſecus ac poſtquam dies obligationis in diem certam conceptæ venit agi ex eo poteſt. Bartolus † vt ſe euoluat, conditionis quidem tempus 6
ſpectandum eſſe vult:ſed ita tamen & ſub hac veluti conditione ſi interpellatio ſecuta ſit quæ eo ipſo tempore fieri proculdubio poteſt. Sed repugnant

euidenter verba Iuliani. Aliud enim eſt ſpectari tempus exiſtentis conditionis,vt Iulianus vult. Aliud verò ſpectari tempus interpellationis vt *Bartolus* contendit: Sicut & aliud eſt,iam peti quod debetur,aliud verò peti tantùm poſſe. Iuliano placet inſpiciendum eſſe tempus quo peti poteſt: *Bartolo* contra tempus illud quo iam petatur, ſaltem per extraiudicialem interpellationem. An igitur admittendum erit ſicut dici certæ,ita & conditionis exiſtentis tempus ſpectandum eſſe in æſtimatione rei debitæ ineunda? Ita putat
7 † *Iacob. Cuiacius in commentariis ad Tit. de verb. obligat.* nec tamen quicquam reſpondet ad eas rationes quas in contrarium facere ſuprà diximus,aperta ſanè, vt mihi videtur, fœdáque diſſimulatione, quaſi nec viderit quid obiici
8 poſſet. Nos in coniecturis † noſtris docuimus id quod res eſt, delenda eſſe verba illa *vel ſub conditione* tanquam ab imperito interprete addita potiùs quàm à Iuliano. Interpretem enim facilè illud fallere potuit quòd vidit eandem eſſe dici & conditionis rationem, in eo vt tam conditione quàm die exiſtente agi contra debitorem poſſit: Quaſi non alia ratio ſit propter quam obligatione in diem concepta æſtimationem eius dici inſpici oporteat, quàm quia eo tempore peti poſſit. Id enim & Iulianus ipſe innuere videtur cùm ait,*Tunc enim ab eo peti poteſt.* Sed obſeruare interpres debuit rationem illam non tam eò pertinere vt doceat cur ex die exiſtente ſtipulationis ineunda ſit æſtimatio,quàm cur non ex eo quo interpoſita ſtipulatio eſt. Dubitandi enim cauſſam illud præbebat, quòd obligatione in die concepta ſtatim dies cedit deberíque intelligitur, tametſi dies nondum venerit *dict. l. cedere diem.* Sed negat Iulianus quicquam ex eo rectè inferri poſſe, quia licèt iam tum debeatur, nihildum tamen peti poteſt. Atqui non eadem dubitandi cauſſa eſſe potuit, ſi de conditionali quoque obligatione Iulianus tractaſſet. Neque enim ex conditionali obligatione quicquam debetur niſi exiſtente demum conditione. Quo igitur colore intenderet conditionalis creditor etiam poſt impletam conditionem æſtimari rem debere ex die interpoſitæ ſtipulationis? Nullo prorſus. Igitur quemadmodum in conditionali ſtipulatione non eadem ratio dubitandi fuit, quę in obligatione concepta in diem certam, ita nec ad eam accommodari debet ratio illa decidendi, *Tunc enim ab eo peti res poteſt.* Nam & cùm quęritur, cur obligatione in diem certam contracta ęſtimationem quę tunc fuit pręcisè ſpectari oporteat, non illam quę maior minórve ſuperuenit ſiue interpellationis tempore, ſiue litis conteſtatę aut rei iudicandę, non eſſet ratio illa idonea quia eo demum die peti res potuit, alioqui dicendum eſſet obligatione purè contracta tempus interpoſitæ ſtipulationis ſpectandum fore, quia iam tum agi ex ea ſtipulatione poſſet,quod tamen nemo vnquam dixit: ſed ad aliam rationem recurrendum erit,quam Celſus tradit in *dicta lege ſi Calendis* 11. *D. de re iud.* quod ęſtimandum quidque ſit ex eo tempore quo nouiſſimè ſolui potuit: Obligatione autem in diem certam concepta, certum eſt nouiſſima eius diei hora deſinere poſſe ſolui ex conuentione quod ea die dari debuit, quia poſt eam diem ſera oblatio & ſolutio eſt: Quod non ſimiliter dici poteſt cùm obligatio purè contracta fuit,aut ſub conditione quę extiterit, quia non eo minùs liberum eſt promiſſori ſoluendo quandocunque ſatisfacere conuentioni in tempus vſque litis conteſtatę: Quę res facit, vt in æſtimanda re debita extra caſum illum,quo dies certa adiecta eſt, tempus litis conteſtatę inſpici debeat, etiamſi mora extraiudicialis conteſtationem præceſſerit, niſi cùm actionis,
inſtitutę

inſtitutæ qualitas & natura facit, vt nō minorē moræ quā conteſtationis ra-
tionem haberi oporteat propter bonā fidem,quod non niſi in bonæ fidei iu-
dicijs contingit.Eáq; etiā ſententia † eſt rationis illius quæ apud Iulianū ſequi 9
tur,*alioquin rei captio erit*.Id.n.proculdubio ſibi vult Iulianus,Rei ꝓmiſſoris
captionem & damnum fore ſi ita ius conſtitueretur, vt ex die interpoſitę ſti-
pulationis æſtimari rem oporteret quę in diem certā concepta fuiſſet, quan-
doquidem dies non pro ſtipulatore adiicitur , ſed pro promiſſore vt totum
intermedium tempus liberum habeat ad ſoluendum, nec antequàm dies ve-
nerit vrgeri ad ſolutionem poſſit.Proinde nulla ratio eſt cur ad eam æſtima-
tionem debitor condemnetur quæ maior fuit antequàm dies veniret , ſicut
neque ex contrario liberaretur dando æſtimationem , quæ aut ſtipulationis
interpoſitę aut medio tempore minor fuiſſet: quia imputari ei poſſet cur eo
tempore non ſoluerit,cùm ſi ſoluiſſet liberationem conſequi potuiſſet. Vn-
de fieri neceſſe eſt vt id tempus ſpectari oporteat quo dies obligationis ve-
nit. Non autem ſimiliter poſſis rationem illam *alioquin rei captio erit* ſic in-
terpretati vt rei captio futura ſit ſi in æſtimanda re quæ in diem debita fuit,
aliud tempus inſpicias quàm quo dari res debuit,puta morę, aut litis conte-
ſtatæ aut rei iudicandæ. Poſſet enim id æquè ſtipulatori captioſum eſſe at-
que promiſſori ſi ab eo die quo dari res debuiſſet , æſtimatio decreuiſſet:
Cùm tamen poſtquàm dies venit ſi ſolutum non fuit , melior eſſe debeat
conditio ſtipulatoris quàm promiſſoris in mora conſtituti. Ex quo magis
apparet verum eſſe quod dicimus,Iulianum in *d.l.quoties*,cùm ait ſpectandū
eſſe tempus quo dies obligationis venit, ita ſcribere ad excluſionem alterius
cuiuſlibet temporis non quod ſequatur , ſed quod præcedat diem illam : Cui
conſequens eſt vt de conditionali obligatione tractare nō potuerit, in quam
ſcilicet non poteſt vlla cadere dubitatio de alio tempore inſpiciendo , quod
conditionis euentū antecedat. Quemadmodū nec ei qui ſub conditione de-
buit,imputari vnquā poteſt cur ante conditionē exiſtentē nō ſoluerit. Cùm
etſi ſoluiſſet, liberari tamen non potuiſſet,nulladū videlicet nata obligatio-
ne,quæ per ſolutionē primi poſſet *d.l.ſtipulatio iſta 38.§.inter certam.de verb.*
*obligat.*Quorū omniū ignoratione† *Frāciſcus* Hotomanus *Illuſtr. quæſt.16.* Iu- 10
liani locum quaſi corruptum emendauit in illis verbis *alioquin rei captio erit*,
exiſtimans legendum eſſe *alioquin alius rei pactio erit*. Prorſus inſulsè & im-
probabiliter, vt *Cōiecturarū lib.16.cap.6.&* 8.pluribus à nobis cōprobatū eſt.
Nā quę nos in Cōiecturis latiùs tractauimus, in hos libros trāſcribere nolu-
mus niſi quantū neceſſe eſt vt pragmaticorū & interpretū errores detegātur.

ERROR SEXTVS.

De æſtimanda re contra fideiuſſorem eius qui certa die dare debuit.

SVMMARIA.

1 *Cùm mercem in diem ſtipulatus fideiuſſorem accepit , placet Africano eius temporis inſpiciendam eſſe æſtimationem,quo ſatis acceperit.*

2. *Ad quem caſum velint interpretes & pragmatici ſententiam Africani pertinere.*

3 *Refutatio ſententiæ interpretum & pragmat.*

4 *Emendatio l. cùm quis. 22. D. de oblig. & act.*

5 *Nullo caſu ſpectandum tempus interpoſitæ ſtipulationis niſi cùm ſtipulationis verba ſic ferunt.*

1 CVM † quis mercem in diem ſtipulatus fideiuſſorem acceperit,
placet Africano in *l. cum quis 22. De oblig & action.* eius temporis
ineundam eſſe æſtimationem quo ſatis acceperit. Quod tamē quā
rationem habeat tam obſcurum & difficile eſt, vt non ſit ex pra-
gmaticis aut interpretibus ſiue antiquioribus, ſiue recentioribus qui exiſti-
met verè id dici poſſe. Non enim probabile eſt quod difficultatis diluendæ
gratia Accurſius tentat, aliud iuris in fideiuſſore, aliud in cæteris perſonis
obtinere, cùm diſſimilitudinis ratio reddi non poſſit: Certè qui aliquam
reddiderit, nemo hucuſque fuit. Itaque in eam potiùs ſententiam ferè om-
2 nes deſcendunt, vt quod † Africanus reſpondit ad eum caſum coanguſtari
debeat, quo fideiuſſor acceptus ſit poſteaquam obligationis principalis dies
venit. Sic enim plerumque fit vt qui ad diem non ſoluit ſi ad ſolutionem
vrgeatur, nec pecuniam habeat in numerato, offerat fideiuſſorem quo con-
tentus in præſentiarum creditor non recuſet differre in aliud tempus exa-
ctionem. Quod cùm euenit, parum videtur intereſſe, an in æſtimatione
ineunda ſpectari velis tempus quo dies obligationis venit, an quo fideiuſſor
acceptus eſt, cùm ſtatim poſt diem ſit acceptus. Sed tamen numquam mi-
3 hi ſententia hæc probari potuit. Nam † cùm mercis ferè cuiuſlibet pretium
pro tempore ſit, nec in ſingulos tantùm dies, ſed in ſingula propemo-
dum temporis momenta mutetur, vix fieri meo iudicio vmquam poteſt, vt
eadem ſit æſtimatio & eius temporis quo dari merx debuit & quo datus eſt
fideiuſſor: niſi proponas eodem die quo dari mercem oportuit, fideiuſſo-
rem pro merce datum eſſe: quo tamen caſu ridiculum fuerit quærere
in hoc an illud tempus inſpici oporteat cùm vtrumque tempus vnum
& idem ſit. Atqui obligatione principali in diem concepta, iam dixi-
mus vſque adeò præciſè inſpiciendam eſſe æſtimationem illam quæ eo ipſo
die fuit vt nulla proſſus aut præcedentis aut ſubſequentis temporis ratio
habeatur. Multum ergo intereſt an illud tempus inſpiciendum eſſe di-
cas quo dies obligationis venit, an quo fideiuſſor acceptus eſt. Cùm nec
aliter quæſtioni locus eſſe poſſit, quàm ſi huius & illius temporis alia atque
alia fuerit æſtimatio. Neque hoc interpretes ipſi negarent, niſi pro vero
certóque haberent, ſolutione ad diem non facta ſic inſpici debere tempus
quo ſolui merx debuit, vt nihilominùs aucta poſtmodum, æſtimatione ſe-
quentis etiam temporis ratio habeatur, quod nos iam negauimus, & etiam-
num negamus. Sed & me illud maximè mouet, quod fideiuſſor neque in du-
riorem, neque in aliá cauſſam accipi poteſt, quàm debitor principalis, *l. gra-
cè 8. §. illud l. hi qui 34. l. ſi à reo 70. §. ſi reo. & paſſ. D. de fideiuſſor.* Videre autē
non poſſum quomodo fieri queat vti ne in duriorem, vel aliam cauſſam ac-
ceptus videatur, ſi obligari eum dicamus ad ęſtimationem quę tùm fuit, cùm
acceptus eſt. Vtique enim conſtat in ineunda mercis debitę æſtimatione ad-
uerſus eum qui fideiuſſorē dedit, numquá nullóque caſu ſpectari tēpus quo
ſatis dederit. Cur ergo in fideiuſſore ſpectabitur? Etſi enim eadē merx eſt de
cuius æſtimatione aut à debitore, aut à fideiuſſore præſtanda tractamus, al-
tera tamen atque altera æſtimatio eſt, ſi vel numo vno alterutra maior aut
minor proponatur, ſicut dici ſolet in pretio emptionis *l. pacta conuenta 72.
D. de cont. empt.* Indéque nimirum fit vt cùm merx debetur quæ ſua die
ſoluta non eſt, aut eo tempore quo ſolui debuit, protinus ſuccedat obliga-
tio ęſtimationis in locum rei debitæ, quoniam mutata æſtimatione ſi merx
præſta-

præſtaretur, alia res præſtari videretur quàm quæ debita eſſet. Quòd ſi
æſtimationis mutatio inducit diuerſitatem rei in merce (quæ quoniam re-
cipit functionem in ſuo genere, magis ex pretio quàm ex corpore ipſo æſti-
matur, in quo differt à ſpecie) quanto magis admittendum eſt æſtimatio-
nem quæ alia ſit, aliam rem eſſe? Conſequens igitur eſt vt in æſtimanda re
debita contra fideiuſſorem idem tempus ſpectari oporteat, quod ſpectan-
dum eſſet ſi contra debitorem ipſum ageretur: Ac proinde quemadmo-
dum obligato in diem certam debitore non alia quàm eius præciſe diei
æſtimatio inſpici & in condemnationem deduci deberet, ita & quod ad
fideiuſſorem attinet, idem ius obſeruandum erit, ſiue ante, ſiue poſt eam
diem aut modico aut magno temporis interuallo acceptus proponatur. Nec
vt puto quiſquam de eo dubitaret, ni Africanus obſtaret. Quid ergo ad Afri-
canũ reſpondebimus? Id quod nos† docuimus *lib.16.Coniect c.10.* deeſſe nega- 4
tionem in illis verbis *quo ſatis acceperit*, legendúmque *non quo ſatis acceperit*,
vt & idem Africanus non diſſimili loquendi formula ſcribit in *l.hominem 37.*
D.*mandat. æſtimatio eius ad id tempus potius quo ſolutus ſit, non quo agatur re-
ferri debet.* Addita verò negatione ſenſus erit & veriſſimus & apertiſſimus. Cũ
quis in diẽ mercem ſtipulatus fideiuſſorem accepit, eius tẽporis ineundam
eſſe æſtimationem, *eius* inquam quo ſolui ex conuentione res debuit, nõ quo
creditor ſatis acceperit, nimirum quia fideiuſſoris obligatio tanquam acceſ-
ſoria ſemper referenda eſt ad principalem, ex eáque interpretationem accipe- 5
re debet. Ac ſanè nullo † caſu reperias in æſtimatione ineunda ſpectari tem-
pus interpoſitæ ſtipulationis niſi cùm ſtipulationis verba ſic ferunt, vt in *l.
fundum Cornelianum 28.* D.*de nouat.*

ERROR SEPTIMVS.

De differentia mercis & ſpeciei debitæ cum de æſtimatione ineunda tractatur.

SVMMARIA.

1 *Refertur diſtinctio quorumdam inter mercem & ſpeciem in quæſtione de ineunda rei debitæ æſtimatione, probata Cuiacio & Hotomanno.*

2 *Ratio diſtinctionis.*

3 *Differentiam eſſe inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris, ſiue debeatur merx, ſiue ſpecies, aduerſus autores relatos.*

4 *Vera l.vlt.D.de condict.trit. ſententia aduerſus Cuiacii interpretationem defenſa.*

5 *Diſtinctionem propoſitam euerti per l.3.§. in hac.D.commodat.*

6 *Merx non cadit in commodatum, niſi fortè dicis & oſtentationis cauſſa.*

7 *Inter ſpeciem & mercem differentia elegans, ratione præſtationis & æſtimationis.*

8 *Si merx debita fuit ſiue purè, ſiue in diem, nec ſoluta eſt, nihil debitor præſtat præter æſtimationem: ſi verò ſpecies debita, nec ſua die ſoluta extet, ſed valioris pretij facta; præſtanda quidem eſt ſpecies, ſed amplior fieri debet condemnatio, vt creditor ſit indemnis.*

9 *Quid iuris ſit vbi pura eſt obligatio, aut æſtimatio ſpeciei poſt diem creuit.*

FVERVNT † iam olim ex interpretibus qui in hac quæſtio- 1
ne quam nos tractamus De ineunda rei debitæ æſtimatione,
diſtinguendum dixerint, an merx, id eſt tale quid quod in
genere conſiſtat, an ſpecies certa debeatur. Merce namque
debita, in bonæ quidem fidei iudiciis ſpectari tempus rei

iudicandæ, in ſtrictis verò tempus litis conteſtatæ ex *l. vltim.* D. *de condict.*
tritic. l. vinum 22. D. *de reb. creditor.* iunct. *l.* 3. *§. in hac* D. *commod. l.*2.*§.ſi*
per venditorem D. *de action. empt.* Si verò ſpecies, non merx debeatur tàm
in bonæ fidei iudiciis, quàm in ſtrictis, inſpiciendum eſſe tempus rei iudi-
candæ ſi tùm res extet, aut mortis, ſi ante ſententiam ſpecies illa perierit ex
l.penult. D.*de cond. tritic.* quam cum ſuperioribus conciliari non aliter poſſe
exiſtimarunt. Quam ſententiam ex recentioribus quoque ſecutus eſt *Iacob.*
Cuiacius ad Africanum in *l. mercis* 207. *De verb. ſignif.* licet poſteà ab ea reſi-
lierit *tract.* 8. *ad l. hominem* 37. *D. mandat.* Nec longè aliter ***Hotomann.illuſtr.***
quæſtion. 16. cùm ad legem illam penult. quam ſibi obſtare videbat, hoc
vnum reſpondet tractari eo loco de homine, niſi quod addit ***mortuo***, apertè
in eo cæcutiens. Non.n. tractat Vlpian. de homine mortuo, cum ait ſpectan-
dum eſſe tempus condemnationis, ſed in ea tantùm parte quæ eſt de mortis
2 tempore inſpiciendo. Huius verò diſſimilitudinis † quam inter ſpeciem &
mercem conſtituunt, rationem illam adferunt, quòd mercium precia & fa-
ciliùs & ſæpius mutentur, quàm ſpecierum. Quod etſi ita eſt, negari tamen
non poteſt quin ſpecierum quoque precia pro locorum & temporum diuer-
ſitate varientur. *l. precia rerum* 63. D. *ad leg. falcid.* Neque rurſum hoc ad rem
pertinet, quia toties mutatam æſtimationem eſſe ponendum eſt quoties quæ-
ritur an hoc aut illud tempus ad rem æſtimandam ſpectari oporteat. Et verò
non poteſt hæc diſtinctio aut iuris rationi, aut prudentũ reſponſis vllomodo
3 cõuenire. Nam quæ † rationes à nobis allatæ ſunt in ſuperioribus ad proban-
dũ, in iudiciis ſtrictis præciſè ſpectari debere tempus litis conteſtatæ, in iis
verò quæ bonæ fidei ſunt, etiam tẽpus rei iudicandæ, adeóq; moræ vtro tẽpo-
re pluris res fuit, eas certum eſt perinde locum habere ſiue merx ſiue ſpecies
ex cõtractu quolibet aut bonæ fidei aut ſtricto debeatur. Deinde aperta ſunt
4 in hanc rẽ verba † *legis vlt. ff. de cond. tritic.* quæ quod de merce vt puta vino, o-
leo & frumento dixerat, ſi obligationi dies adiecta non ſit, deberi æſtimatio-
nem quæ fuerit tempore litis conteſtatæ, ſubiicit in aliis quoque rebus om-
nibus perinde obtinere. Nã qui cũ *Iacobo Cuiacio ad d. l. mercis*, eam adiectio-
nem referre volunt ad cæteras res frumento, vino & oleo ſimiles. i. quæ mer-
cis appellatione contineantur, faciunt, meo iudicio, parum ſubtiliter, cũ etiã
tacente Iureconſulto dubitaturus nemo fuerit, quin quod de frumento, vino
& oleo dictũ eſſet cæteris quoq; mercibus conueniret. Sed & Africanus no-
ſter in *d. l. hominem*, tractans de ſtipulatione ex qua homo nõ merx debeatur,
an non apertiſſimè ſcribit rei quæ ex ſtipulatu petitur æſtimationẽ referẽdam
5 eſſe ad tempus litis conteſtatæ? At omniũ apertiſſimè diſtinctionem † hãc im-
pugnat Vlpianus in *l.* 3. *§. in hac* D. *commod.* vbi ait non ſolũ in cęteris bonę fi-
dei iudiciis, ſed etiam quod erat conſequens, in actione commodati æſtimari
debere quanti res eſt ex tempore iudicandæ, quamuis, inquit in ſtrictis tem-
pus litis conteſtatæ ſpectetur. Nam ſicut his verbis tam clarè docet differen-
tiam quæ hac parte eſt inter iudicia bonæ fidei & ſtricta, vt nihil dici poſſit
manifeſtius, ita fatendum eſt ad illum etiam caſum referendam eſſe differen-
tiam quo ſpecies debeatur. Neque enim † merx cadit in commodatũ niſi for-
tè dicis & oſtentationis cauſſâ, vt & cæteræ res omnes quæ in pondere, aut nu-
mero aut menſura conſiſtunt, vt ſcriptum eſt in *d. l.* 3. *§. vlt. & l. ſeq.* Quo argu-
mento iam olim *Bartolus* poſt *Accurſium* veterem illam diſtinctionem quam
nos nunc refellimus, nõ inſubtiliter refutauit. Vnus tantùm iuris locus eſt qui
inter-

Digitized by Google

interpretes iſtos feſellit vt ad commentitiam hanc diſtinctionem neceſſariò confugiendum putauerint. Is eſt, vt diximus in *d. l. penult.* D. *cond. tritic.* quam condictionem illi generalem eſſe volũt ad omnes bonę fidei ſtrictique iuris actiones, & in qua tamen rei iudicatæ tempus ſi res extet, ſin ſecus, tempus mortis ſpectandum eſſe Vlpianus eo loco ſcribit. Sed quàm alia diuerſáq; ſit illius legis ſententia, in ſequentibus oſtendemus. Quemadmodum autem plerique interpretes in eo errarunt quòd ſpeciem debitam à merce diſtinxerũt, in hoc aut illo tempore ſpectando ad ineundam æſtimationem, ita videntur mihi quotquot ſunt labi contrario errore in eo quod alia ex parte differentiam quæ inter ſpeciem & mercem percuidens eſt non agnoſcunt. Nam † cùm 7
ſpecies debetur, ſiue ad certam diem ſiue interpellationis aut conteſtationis tẽpore ſolui debuerit, nec ſoluta ſit, quãdiu tamẽ extat nec deterior facta eſt, ea ipſa præſtari debet, non eius æſtimatio, licèt facta ſit vilior & minoris æſtimationis: aliud enim eſt fieri deteriorem, aliud viliorem, vt proximo capite dicemus: nec alter vnquam recurrimus ad præſtandam pro ſpecie æſtimationem, quàm ſi ſpecies ipſa dari nequeat ſiue quòd extare deſierit, ſiue quòd deterior facta fuerit, ſiue quòd in dominio ſit alterius, quàm promiſſoris. Nimirum quia quòd homo aut fundus hodie pluris minoriſue eſt quàm anteà fuerit, facere non poteſt vt alius homo aut alius fundus exiſtimari debeat, quàm qui debetur, cùm in indiuiduo conſiſtat, nec rumpit in ſuo genere functionem. Quod enim philoſophi ſpeciem vocant, noſtri genus, quod illi indiuiduum, noſtri ſpeciem appellant. Denique ſpecies quas dicimus non æſtimantur ex pretio, ſed earum pretia ex corporum qualitate ex conditione, licèt pro temporum quoque & locorum varietate conſtituuntur. At cùm merx debetur ſtatim atque deſiit poſſe ſolui ex poteſtate & iure obligationis, eiuſque æſtimatio immutata eſt, ſuccedit loco mercis æſtimatio omnimodo pręſtanda, ſiue creuerit æſtimatio, ſiue decreuerit, quia cùm merces omnes in genere conſiſtant, & merx quælibet in ſuo illo genere functionem recipiat, conſequens eſt vt ſi pro tritico quod fuit decem aureorum quo tempore ſolui debuit, alio tempore quo quinque aut quindecim aureorum eſt, itidem triticum ſolui poſſet, aliud ſane quàm quod debitũ eſſet ſolui videretur. Itaque ex mutatione æſtimationis ipſius quoque mercis debitæ mutatio inducitur, quæ facit vt neceſſariò pro mercis æſtimatione deberi præſtarique oporteat, ne alioqui iniuria fiat vt promiſſori ſi æſtimatio creuerit, aut creditori ſi decreuerit. Qua de cauſſa videas Iureconſultos quoties de merce debita tractant quæ ſoluta non ſit eo tẽpore quo ſolui debuit, tractare etiã de æſtimatione: vt intelligamus eũ qui mercem dare obligatus fuit, nec dedit, cùm oportuit, numquam condemnari debere ad eam mercem danda m, ſed ſemper ad præſtandam æſtimationem: quod tamen ſimiliter in ſpecie debita non niſi fatuè & ridiculè facere iudex poſſit, *l. vlt.* C. *de fideic. libert.* ſed ita demum ſi ſpecies ipſa præſtari non poſſit aut per rerum naturã, vt puta eũ perempta eſt *l. ſi ſeruum* 91. *§. ſequitur. & §. vlt.* *De verb. obligat.* aut per contumaciam poſſeſſoris alienam rem inuito domino retinere volentis *l. ſi filiofamilias* 25. *§.* 1. D. *ſolut. matrim. l. non enim* 9. D. *rer. amot. l. tutor.* 8. D. *de in litiurand.* Huius verò differẽtiæ effectus magnus in eo eſt, quòd ſi † merx 8
debita fuit ſiue purè ſiue in diẽ, nec ſoluta eſt, nihil debitor præſtat præter æſtimationem licèt aliter atque aliter ineundam pro conuentionum & negotiorum diuerſitate: quia ita fit vt indemnis ſeruetur creditor ſi pluris merx

fuit cùm dari debuit, quàm eo tempore ſit quo ſoluitur. Si verò ſpecies debita nec ſua die ſoluta fuerit, quæ tamen etiamnum extet quidem, ſed ita vt vilioris pretij ſit, quàm tùm fuit cùm ſolui debuit, ſicuti non poteſt recuſare creditor quominùs eam ipſam ſpeciem accipiat quæ adhuc ſcilicet debetur, ita in damno cōſtituitur, cùm minoris res eſt ſolutionis tempore quàm fuerit eo die quo dari eam ex conuentione oportuit. Quandoquidem ſi eam ſua die debitor ſoluiſſet, tanti eam tum vendere creditor potuiſſet. Atqui conſtat eum qui in diem certam dare aliquid debuit ſi non dederit tanti condemnandum eſſe quanti creditoris interfuit ea die ſolutum eſſe *d l. ſi Calendis* 11. *D. de re iudicat. l. numis* 3. *De in lit. iur.* Conſequens igitur eſt vt quātò minor reperitur præſens æſtimatio, tantò amplior fieri debeat condemnatio vt creditori indemnitas præſtetur: Non quidem iure æſtimationis (neque enim de æſtimatione, vt iam diximus, queri poteſt cùm res ipſa ſoluitur, quæ in obligatione eſt) ſed iure eius quod intereſt propter diei adiectionem. Ideo autem ponimus ſpeciem dari intra certam diem debuiſſe pleriſq; ea die fuiſſe, quoniam ſi aut pura obligatio fuit aut æſtimatio poſt diem creuit, aliud ſanè probandum eſt: Quia priore caſu, id eſt cùm pura fuit obligatio, nō tantæ poteſtatis eſt mora quæ per interpellationem contrahitur quātæ adiectio diei ad condemnationem eius quod intereſt inducendam, maximè ſi ex ſtipulatione aliáue cōtractu ſtricto agatur. Poſteriore verò caſu, id eſt aucta ſpeciei æſtimatione ſatis hoc ipſo præſtatur præſens æſtimatio quòd ſpecies ipſa præſtatur quę ſuā in ſeipſa æſtimationē cōtinet, ideóq; nec alia vlla cōdēnatione opus eſt, quod in merce debita nō ſimiliter cōtingeret. Nā ſi merx eo tēpore præſtaretur quo pluris eſſet, cùm ad certā diē ſolui anteà debuiſſet, aliud pro alio ſolui quodammodo videretur. Planè nulla die adiecta ſi ex bonæ fidei contractu agatur, bona fides euincit vt neque moræ, neque litis conteſtatæ, neque condemnationis tempus præciſè ſpectari oporteat, ſed vtro tempore res pluris fuit, quia nec tempus præciſè vllum eſt in quod contrahentes collatam voluerint ſolutionem *d. l.* 3. *§. ſi per venditorem. & l. ſi ſterilis* 21. *§. cùm per venditorem.* D. *de action. empt.* bonæ fidei ſiquidem ratio largiorem interpretationem admittit, cui locus nullus relinquitur cùm certa dies adiecta eſt.

EERROR OCTAVVS.

Si ſpecies debita vilior, nec tamen deterior facta ſit.

SVMMARIA.

1 *Error interpp. & pragmaticorum in quæſtione de ineunda rei debitæ æſtimatione, non diſtinguentium viliórne an deterior facta ſit quæ debetur.*

2 *Aliud eſſe fieri deteriorem, aliud viliorem.*

3 *Species perire poteſt, merx non item.*

4 *Quomodo accipiendum quod aiunt ICti, ſpecie debita, poſt moram deteriore facta, reducendam eſſe æſtimationem, ad tempus moræ.*

5 *Quæ æſtimatio præſtanda ſit cùm res facta quidem eſt deterior, ſed tamen pretioſior iam eſt, propter auctam æſtimationem.*

6 *Differentia inter mercem, & ſpeciem.*

IN

IN quæſtione † iſta de ineunda rei debitę æſtimatione pręcipuus 1
ferè omnium interpretum & pragmaticorum error ille eſt, quòd non diſtinguunt viliórne an deterior facta ſit res quæ debetur, ſed quaſi nihil interſit ad eum caſum quo res vilior effecta fuerit, accommodant leges omnes quæ loquuntur de re facta deteriore. In quo tamen † quàm abſurdè fallantur, ex eo apparet quod 2
fieri facilè poteſt vt res debita vilior ſit, nec tamen deterior, & cõtrà, vt deterior facta ſit, nec eo minùs tamen precioſior. Finge deberi ſeruum Pamphilum qui ex die obligationis aut interpellationis claudus eſſe cœperit, aut eluſcatus. Nemo dubitat quin ſit deterior qui deſiit eſſe integro corpore. Et tamē quid impedit quominus ſit precioſior, id eſt maioris precij quàm cùm dari debuit, preciis ſeruorum fortaſsis pro tempore vſque adeò auctis vt qui moræ tempore quamuis integer non niſi centum aureis dignus fuit, nunc etiam claudus & eluſcatus dignus ſit ducentis? E contrariò finge factum meliorem, vt puta pantomimum, aut ex citarœdo comœdum, ſed tamen eo tempore quo precia ſeruorum tam ſint imminuta, vt ſi publica auctione diſtrahendus ſit, non niſi centum aureis vendi poſſit qui antequàm pantomimus aut comœdus fieret, vendi potuit ducentis. Dicam factum eum eſſe & meliorem ſimul & viliorem, non etiam deteriorem. Aliud igitur planéque diuerſum eſt deteriorem fieri, aliud viliorem. Deterioratio enim ad ipſius rei corpus & ſubſtantiam pertinet, vilitas verò ad æſtimationem, quæ in ſingulos dies pro locorum & temporum varietate alia atque alia eſſe poteſt, eadem licèt manente intrinſeca rei bonitate & qualitate. Idque ita eſſe conſtat etiam euidentiùs ex eo, quòd ſi de merce agatur non de ſpecie, fatentur omnes mercem poſſe fieri viliorem: quam tamen fatendum eſt non magis deteriorem effici quàm perire poſſe. Quod enim perire nullomodo poteſt, neque deterius fieri poteſt, quandoquidem nec aliud eſt fieri quid deterius, quàm ex parte perire. Merx † autem ideò nec in totum nec ex parte perire po- 3
teſt, quia in genere & quantitate conſiſtit. Specierum propria conditio illa eſt vt & perire & deteriores fieri poſſint, quia indiuiduo conſiſtunt, quod non poteſt non perire. Proinde † quod quibuſdam iuris locis ſcriptum & ſpe- 4
cie debita poſt moram deteriore facta reducendam eſſe æſtimationē ad tempus moræ, vt in *l. penul. ff. de condict. tritic. l. fundum Cornelianum 28. ff. de nouat.* non ſic accipiendum eſt quomodo ab interpretibus, & pragmaticis omnibus accipi video, vt ſi poſt moram æſtimatio decreuerit, tanti æſtimari res debeat quanti fuit tempore moræ etiam in iudiciis ſtrictis, cuiuſmodi eſt condictio triticaria. Nihil enim falſius eſt ſiue iuris rationem inſpicias, ſiue tot iuris locos, tota hac Decade toties inculcatos, quibus probatur in contractibus ſtrictis æſtimari rem præciſè ex tempore litis conteſtatę, nec præcedētis aut ſubſequentis temporis rationem vllam haberi oportere *l. vinum 22. D. de reb. credit. l. vlt. De condict. trit. l. 3. §. in hac. D. de commod. l. hominem 37. D. mandat.* Quia nullius effectus mora eſt in iudiciis ſtrictis niſi ad perpetuandam obligationem *l. ſi ex legati 23. De verb. obligat.* non etiam ad retinendam æſtimationem quæ moræ tempore maior fuit, cùm non idcircò cœperit æſtimatio eſſe in obligatione, ſed res ipſa quandiu præſtari poteſt, quamuis longè vilior facta proponatur, dum ne deterior, nam cùm deterior facta eſt, atque ita ex parte, vt diximus, periit, eodem iure cenſetur, quo ſi in totum periiſſet, quod ad hoc vt totius rei æſtimationem quæ ante deteriorationem fuit præſtari o-

porteat. Sicut enim nullomodo reddi videtur res quę deterior redditur *l. 3.*
§.1.D. commod. ita nec cogendus eſt creditor rei debitæ partem in re ipſa, par-
tem in æſtimatione accipere, licèt non eo minùs maneat res ipſa in obliga-
tione quemadmodum maneret tametſi in totum perempta eſſet. Ponimus
namque moram pręceſſiſſe. Itaque condemnabimus debitorem non ad eam
æſtimationem quæ nunc eſt tempore litis conteſtatæ, ſed ad eam quæ fuit
5 moræ tempore, id eſt priuſquàm res deterior facta eſſet. Quid ergo ſi † facta
quidem ſit deterior, ſed tamen, quod fieri poſſe diximus, precioſior propter
auctam pro tempore omnium rerum & ſpecierum quæ eiuſdem generis ſunt
æſtimationem? An ea æſtimatio debebitur quæ morę tempore fuit, id eſt an-
te deteriorationem quidem, ſed tamen vilior quàm nũc ſit, An ea potiùs quę
nunc maior eſt quamuis re facta deteriore? An illa denique quæ haud dubiè
nunc multò maior eſſet ſi res in priſtina ſua bonitate redderetur? Quod ergo
certè probabilius dici puto, quoties namq; res debita poſt moram perempta
aut deterior facta eſt, eadem debitoris ratio in omnibus conſtitui debet quæ
eſſet ſi res neque perempta, neque deterior reddita proponeretur. Alioqui
quod in odium moroſi debitoris iure conſtitutum eſt vt rei poſt moram de-
terioratæ æſtimatio ad tempus moræ reuocetur *dict. l. pen. de condict. tritic.* in
ipſius fauorem retorqueretur, nemo autem dubitare poteſt quin ſpecies quæ
etiam deterior poſt moram facta pluris hodie eſt quàm moræ tempore fue-
rit, longè precioſior futura eſſet ſi deterior effecta non fuiſſet. Quod tamen
ob eam fortaſſis cauſſam Vlpianus in *d. l. penult.* prætermiſit, quia leges accõ-
modari & ſolent & debent ad eos caſus qui frequentiùs accidunt, illo verò
rariùs euenit, vt poſt deteriorationem res pluris ſit quàm antè fuerit. Cæ-
6 terùm ad debitas ſpecies duntaxat hic tractatus pertinet. Nam † cùm merx
debetur, quæ, vt iam dictum eſt, non magis deterior fieri quàm perire
poteſt, nunquam ad tempus moræ reducitur æſtimato ſi triticaria condi-
ctione quæ ſtricta eſt, agatur, quamuis æſtimatio mercis decreuerit. Et
hæc perelegans quoque mercis & ſpeciei differentia ei addenda eſt quam
nos tradidimus capite ſuperiore. Quam ſi interpretes & pragmatici
bene obſeruaſſent, numquam dixiſſent, viliore poſt moram facta ſiue
merce ſiue ſpecie debita etiam ex contractu ſtricto ad tempus moræ
referendam æſtimationem ex *dict. l. penultim.* qua vna in hanc rem a-
butuntur.]

ERROR NONVS.

De condictione triticaria.

SVMMARIA.

1 Condictio triticaria generalis eſt & competit ex omni cauſa, & ad res omnes præterquam ſi pecunia numerata petatur.

2 Quo ſenſu interpretes condictionem triticariam generalem eſſe autument.

3 Condictio triticaria nullo caſu bonæ fidei actio eſt.

4 Omnes condictiones ſiue generalem, ſiue ſpecialem appellationem habeant, ſunt ſtricti iuris.

5 Omnes actiones in perſonam condictiones cur dictæ.

6 Condictio triticaria certum & nominatum actionis perſonalis condictionis perſonalis genus ſignificat.

7 Sententia L. vltim. D. de condiction. triticar. quò pertineat ſecundùm veteres quoſdam interpretes, quorum error exploditur.

CONDICTIONEM †triticariam generalem eſſe & compe- 1
tere ex omni cauſa, & ad res omnes præterquàm ſi pecunia
numerata petatur, ſcribit Vlpianus in *l. 1. D. de condict. tritic.*
Sed alio ſanè ſenſu quàm vulgò ab interpretibus & pragma-
ticis accipiatur. Sic enim illi intelligunt †vt ex omni cõtractu 2
ſiue bonæ fidei ſiue ſtricti iuris ſit competat hęc cõdictio, ac proinde vt cõ-
dictio triticaria non minùs ſit bonæ fidei, qua parte datur ex bonæ fidei con-
tractu quàm ſtricti iuris, qua ex parte datur ex ſtipulatione alióue contractu
ſtricto. In quo falluntur euidenter. Numquam enim ſcriptum apud Iu-
reconſultos reperias condictione triticaria eum agere qui agit depoſiti vel
mandati, vel empti aut venditi, vel commodati, vel alio denique genere a-
ctionis quæ ſit bonæ fidei: nec proinde poteſt defendi †vllo caſu condictio- 3
nem triticariam bonæ fidei actionem eſſe. Omnes enim condictiones † ſiue 4
generalem appellationem & naturam habeant, cuiuſmodi ſunt condictio-
nes certi & triticaria, quarum illa non niſi ad pecuniam númeratam, hæc
ad cæteras res omnes competit, ſiue ſpecialem vt condictio furtiua, in de-
biti, ſine cauſſa ob turpem vel iniuſtam cauſſam, & aliæ ſi quæ ſunt ſimi-
les, ſunt ſtricti iuris, nec vllam ex bonę fidei interpretatione præſtatio-
nem admittunt. Non ſum neſcius actiones †omnes in perſonam ſiue bonæ 5
fidei ſint, ſiue ſtricti iuris, ſiue arbitrarię, condictiones appellari, propterea
quòd veteres condictionem pro denunciatione dicebant quam in omnibus
actionibus perſonalibus præcedere oportebat, vt Iuſtinianus refert in *§. ap-
pellamus. Inſtitut. de action.* Sed condictionem †triticariam cùm dicimus non 6
tam ad veteris illius denuntiationis vſum reſpicimus, quàm certum & no-
minatum actionis perſonalis genus ſignificamus, vt ex eo apparet quòd rem
ſuam ex hac cauſſa petere nemo poteſt niſi ex certis cauſis, veluti ex cauſſa
furtiua vel de re mobili vi arrepta, vt Vlpianus ait in *dict. l. 1. §. vltim.
De condict. tritic.* Id enim eſt quod dici ſolet neminem rem ſuam condi-
cere præterquàm à fure aut raptores qui fur improbior eſſe dicitur *l. item
ſi 14. §. qui vim intulit.* D. *de eo quod met. cauſ.* duorum ſcilicet odio rece-
ptum eſt vt condici eis poſſit quò pluribus actionibus teneantur *l. vltim.*
D. *vſufruct. quemadmod. caueat, l. 1.* De *condict furt.* Et tamen nemo neſcit
poſſe dominum agere depoſiti commodati, & aliis huiuſmodi actionibus
bonæ fidei & in perſonam, vt rem ſuam repoſcat, licet non tanquam ſuam,
ſed tanquam ſibi debitam. Neque enim rei ſuę dominium amiſit qui eam
aut depoſuit, aut commodauit, aut locauit, aut pignori dedit. Aliud igitur eſt
condicere tricaria, aliud verò agere depoſiti vel commodati, vel pignorati-
tia actione. In eámque rem textus eſt perelegans in *l. ſi quis infitiatus. 2. §. 1.*
D. *de depoſit.* vbi Paulus ſcribit, Competere quidem condictionem etiam rei
depoſitę nomine, ſed non antequàm dolo malo aliquid admiſſum ſit, non e-
nim quemquam hoc ipſo quòd depoſitum accepit condictione obligari, ve-
rùm quòd dolum malum admiſerit. Quod cùm ita ſit parum erudite fecerũt
quidam ex veteribus interpretibus, exiſtimantes† Vlpiani ſententiã quæ ex- 7
tat in *l. penult. De condict. tritic.* de inſpiciendo tempore condemnationis in
æſtimanda re debita quæ per condictionẽ triticariam petatur ad eas dunta-
xat actiones referendam & coarctandam eſſe quæ bonæ fidei ſint, non etiam
ad cæteras pertrahendam quæ ſunt ſtricti iuris. Cui commento cauſſam ſanè
illud dedit quòd non aliter fieri poſſe crediderunt, vt is locus cum cæteris

Digitized by Google

conſentiat, quibus ſcriptum eſt in iudiciis ſtrictis ſi de æſtimanda re quæratur litis conteſtatæ nõ rei iudicandæ tempus ſpectandum eſſe, *l. vinum 22. D. de reb. credit l. vlt. D. de condic. tritic. l. 3. §. in hac D. commod. l. hominem 37. D. mandat.* Eſt enim proprium ius iudiciorum bonæ fidei, vt in iis ſpectetur etiam tempus rei iudicandæ *d. §. in hac. l. 3. §. ſi per venditorem. l. ſi ſterilis 21. §. c'm per venditorem. D. de action. empt.* Et certè fatendum eſt locum eſſe perdifficilem ſi quiſquam alius eſt in toto iure. Nec facilè dici poſſe quam ſententiam aut rationem habeat quod in *dicta l. penult.* Vlpianus ait in condictione triticaria ſpectãdum eſſe tempus condemnationis, niſi eam interpretationem probes quam nos ſequenti capite, nec improbabilẽ, vt nobis quidem videtur, adferemus. Tantum enim abeſt vt ea lex ad bonæ fidei actiones ſolas coanguſtanda ſit, vt nec de iis intelligi vllomodo poſſit, ſed tantùm de actionibus ſtrictis quę omnes triticariæ condictionis appellatione continentur, ſi eas excipias quibus actor aut rem ſuam aut pecuniam numeratam perſequatur.

ERROR DECIMVS.

De rei debitæ æſtimatione aucta poſt condemnationem.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio quid iuris obtineat, ſeu cuius temporis ratio habenda ſit ſi æſtimationis mutatio facta ſit poſt condemnationem, ad quem caſum pertineat.*

2 *Reſponſio* Bartoli *& aliorum pragmaticorum ad quæſtionem propoſitam.*

3 *Non eſſe augendam condemnationem etiãſi poſt elapſum quadrimeſtre iudicatis indultum creuerit æſtimatio: & ſeqq.*

4 *Per ſententiam quæ irrogat condemnationem fit nouatio, & id quod antea debebatur ex contractu incipit deberi ex iudicato.*

5 *Æſtimatio in quæſtione propoſita præſtanda eſt quæ fuit tempore condemnationis, ſi non per contumaciam debitoris, ſed per rei debitæ cõditionem res præſtari nequeat.*

6 *Superior propoſitio obtinet, ſiue ex bonæ fidei iudicio, ſiue ex ſtricto condemnatio ſecuta ſit.*

7 *Vera ſententia l. penult.* D. *de condict. tritic.*

8 *Quomodo accipiendum ſit quod ait Vlpianus in d. l. ſpectari debere quanti res fuit tẽpore mortis: & quo caſu verum ſit nu. 9.*

10 *Cùm res extat non eſt quærendum de æſtimatione, niſi aliquid ſit quod impediat eius præſtationem: ſi verò extare deſiit, recurrendum ad æſtimationem, ſiue talis res ſit, quæ ſi extaret dari poſſet, ſiue quæ dari non poſſet, quanquam vtroque caſu diuerſimodè ineatur æſtimatio.*

11 *Si poſt condemnationem creſcere poſſet æſtimatio, nullus litium finis foret.*

DOCVIMVS hucuſque quid iuris obtineat ſi rei debitæ æſtimatio
creuerit, vel decreuerit ante condemnationem, ſiue merx ſiue
1 ſpecies debeatur, & per actionem vel bonæ fidei vel ſtricti iuris
petatur. Dicendum nunc eſt quid ✝ ſi ea æſtimationis mutatio facta ſit poſt condemnationem. Nam & id plerumque accidit vt poſt rem iudicatam pluris minoríue res ſit, quàm fuerit tempore latæ ſententiæ, propter moras quas iudicati executio trahere ſecum ſolet. Illud verò primùm obſeruandum eſt, nos cùm de aucta poſt ſententiam æſtimatione loquimur, cum caſum tractare, quo res ipſa debita, non eius æſtimatio deducta ſit

ƈta ſit

ᵭa ſit in condemnationem. Conſtat enim æſtimationem quæ cœpit ſemel
eſſe debita, nunquam ex poſtfacto creſcere aut decreſcere poſſe: quia neque
incrementi capax eſt aut diminutionis. Non enim ſicut res debita, ita & rei
æſtimatio aliam atque aliam recipere poteſt æſtimationem. Vnde fit vt in iu-
diciis ſtrictis ſpectemus eam æſtimationem quæ eſt tempore litis conteſtatæ
præciſè, quia ſicut ante id tempus non æſtimatio, ſed res debetur, & in conte-
ſtationẽ deducitur, ita poſt litem conteſtatam ſi res debita præſtari poſſe de-
ſinat, vel quia perempta eſt ſi ſpeciem fuiſſe proponas, vel quia vilior nunc
merx eſt quàm tum fuerit, aut etiam pretioſior, cœpit ab eo tempore æſtima-
tio ſuccedere in locum rei debitæ, quia quale quantique quid eſt cùm petitur
id niſi tale detur tanti æſtimari debet *l.2.D.de vſur.* quandoquidem nec poſt
id tempus ſolui ampliùs res poteſt quin aduerſus conuentionem factũ videri
debeat, nouáq; obligatio per conteſtationem contracta videtur, quam ſimul
cũ vetere & priſtina obligatione diſſolui neceſſe eſt, vt prior quæ poſteriori
cauſſam dedit, perimatur: quum in iudicio quaſi contrahatur *l.3.§.idem ſcribit.*
D.de pecul.l.aliam 29.D.*de nouat.* Sic igitur concepta ſententia & cõdemna-
tione, vt ad rem ipſam debitam ſit debitor condemnatus, ſi poſteà contin-
gat, vt res præſtari nequeat, ideóque neceſſe ſit recurri ad præſtationem æ-
ſtimationis, quæ aucta ſit vel imminuta, quæſtio eſt cuius temporis ratio-
nem in æſtimanda re haberi oporteat. Noſtri † diſtingunt an intra quadri- 2
meſtre quod iudicatis ex Iuſtiniani conſtitutione indultum eſt, immutatio
illa æſtimationis ſuperuenerit, an poſteà. Si intra tempus conſtitutum, non
dubitant quin debitoris damno ea res cedere non debeat, quia totius illius
temporis mora eſt impunita, cùm non tam ex culpa quàm ex legis beneficio
proficiſcatur *l.3.D.de vſur.* Sin poſt id tempus, volunt omnes augeri æſti-
mationis præſtandæ obligationem, non lege aliqua quam proferre in hanc
rem poſſint, ſed illa tantùm ratione, ne, inquiunt, melior ſit conditio mo-
roſi debitoris poſt condemnationem, quàm ſi non eſſet condemnatus ex *l.*
euidenter 16.D.*de except.rei iudic.* Sic enim *Bartolus*, & poſt eum cæteri ad
*d.l.3.§.in hac.*D.*commod at.* Quod aiunt non † eſſe augendam condemnatio- 3
nem ob auctam ex iudicati tempore æſtimationem, ego admitto libentiſſi-
mè. Non propter reſcriptum illud Antonini quo mouetur (neque enim per-
tinet ad rei debitæ æſtimationem, ſed tantùm ad acceſſiones naturales, id eſt
ad fructus, neque rurſus eo caſu locum habet quo mora præceſſerit conde-
mnationem, vt ex vera rectáque iuris ratione magis quàm ex Antonini im-
peratoris mente Papinianus eleganter diſputat in *d.l.3.de vſur*) Sed quia nec
poſt elapſum quadrimeſtre patior creſcere condemnationem, tametſi ex eo
tempore noua mora contracta ſit ob id quod non eſt ſatisfactum iudicato.
Nam ſi poſt nouam illam moram cum condemnatione iunctam non creſcit
obligatio præſtandę æſtimationis, quantò minùs creſcet ante moram? Vt ve-
rò nec poſt moram creſcere patiar, ex eo moueor quòd per † ſententiam quę
irrogat condemnationem fit nouatio, & id quod anteà debebatur ex contra- 4
ctu ſiue bonæ fidei ſiue ſtricto incipit deberi ex iudicato, *l.vlt.* C.*de vſur.rei*
iudic.l.ſi fundum 16.§.creditor.& §.ſi pluris.D.de pignor. Vnde fit vt eę quoque
vſurę deberi deſinant quę ex contractu aut ex natura iudicij bonę fidei de-
beantur, nec alię poſſint exigi, quàm quę ex iudicato certę & per legem con-
ſtitutę ſunt *l.in bonæ fidei 13.C.de vſur.* Denique poſtquàm iudicatum eſt ni-
hil quærendum ſupereſt, niſi quid iudicatum ſit. Nam ſiue plus ſiue minus

deductum fuerit in condemnationem quàm illud fuit quod debebatur, illud
ipſum præſtandum eſt quod ex iudicato debetur, nec plus nec minùs. Id enim
facit autoritas rerum iudicatarum *d.§.ſi pluris*. Atqui ſi æſtimatione creſcente
poſt condemnationem plus præſtare cogeretur debitor condemnatus quàm
quanti ſententię tempore res fuiſſet, plus vtique præſtaret quàm quãtum de-
5 ductum eſſet in condemnationem. Non enim fieri poteſt vt re † ipſa deducta
in condemnationem, videatur iuſſus & condemnatus debitor, vt ſi aliqua de
cauſſa rem prę́ſtare nequeat, aliam præſtet æſtimationem quàm quę fuit tem-
pore rei iudicatę. Ponimus ſiquidem ideò recurri ad præſtationẽ æſtimatio-
nis, quòd res ipſa præſtari nequeat, non per contumaciam debitoris, quo caſu
aliud ſanè eſſet, ſed per ipſam rei debitę conditionem & qualitatẽ, fortè quòd
Stichus, qui dari debuit alienus reperiatur, aut iam euictus, qui proinde præ-
ſtari ita non poſſit vt detur, eiúſque dominium transferatur. Nam cùm hoc
caſu non aliter iudicato ſatisfacere poſſit debitor qui Stichum dare, id eſt do-
minium eius transferre debuit, quid aliud faciendum supereſt niſi vt æſtima-
tio præſtetur? Quænam porrò æſtimatio niſi quę condemnationis tempore
6 fuit? Quare nec diſtinguemus † an ex bonę fidei iudicio, an ex ſtrictò ſecuta
condemnatio ſit: quia vtroque caſu verum eſt nihil amplius deberi niſi ex iu-
dicato cuius eadem ſemper autoritas eſt. Eáque mihi videtur ſententia † eſſe
7 Vlpiani in *l.penult.D.de condict.tritic.* cùm ait in condictione triticaria quam
ſtricti iuris ſemper eſſe iam diximus, ſpectandum eſſe tempus condemnatio-
nis, irrogatę ſcilicet, non irrogandę, ne alioqui pugnet is locus cum *l. vlt.eod.*
tit. tótque aliis legibus in quibus ſcriptum eſt ab eodem etiam Vlpiano in
iudiciis ſtrictis ſi de ineunda rei debitę æſtimatione quæratur ſpectari debe-
re tempus litis conteſtatę, condemnationis verò numquam, *dict. l 3.§.in hac.*
D.commod.lege.vinum 22.D.de reb. credit. lege hominem 37. D. mandat. Nec
8 eſt contrarium quod in eadem lege Vlpianus ſubiicit ſi † homo qui per cõ-
dictionem triticariam petitus fuit deceſſerit, mortis tempus ſpectari opor-
tere. Nam & id quoque ſic ego intelligo, ſi deceſſerit poſt condemnatio-
nem. Alioqui nullo ſanè caſu fieri poteſt vt mortis tempus inſpiciatur. Aut
enim moram aliquam præceſſiſſe fingimus, aut nullam. Si nullam, certum
eſt ſpeciei interitu liberationem omnimodo contingere, nec proinde fieri
poſſe vt condemnatio vlla ſequatur, *lege ſi ex legati 23. de verb.oblig.* Sin mo-
ra aliqua præceſſit, conſtat non ſolùm ſupereſſe obligationem etiam re per-
empta, *lege ſi ſeruum 91.§.ſequitur. & §.vltim.eod. l.promiſſor* Stichi 21.*l.promiſ-*
ſor hominis 23.D.de pecun.conſtitut. ſed etiam, quod magis eſt rei illius ta-
metſi iam peremptę æſtimationem creſcere in tempus vſque non equidem
rei iudicandę, ſed litis conteſtatę ſi poſt moram & ante litem conteſtatam
deceſſerit, ob idque nimirum deferri neceſſariò iuſiurandum actori oporte-
re, quoniam ſine delatione iuriſiurandi non poteſt iudex æſtimare rem quę
non extat, *l.in actionibus 5.§.vltim. de in lit. iurand.* Quod vtique falsò dice-
retur ſi mortis tempus ἐν πλάτει, vt Vlpianus loquitur ſpectandum eſſet. Quid
enim facilius quàm eas quoque res quę extare deſierunt æſtimare inſpecto
eo tempore quo aliquando extiterunt? Vt contingit in actione legis A-
quilię, & in condictione furtiua, de quibus ſequenti Decade dicemus. Vt
verò etiam peremptę rei poſſit creſcere æſtimatio, ex eo fit quod quamuis
verè & naturaliter perempta ſit, tamen poteſtate iuris habetur pro adhuc ex-
tante adeò vt peti poſſit, licèt non ampliùs præſtari *dict.l.ſi ſeruum.§.vltim.de*
verbor.

verbor.oblig. Indéque illud etiam euenit vt certis caſibus etiam fructuum
qui ex ea re percipi potuerunt in tempus vſq; rei iudicatę condemnatio fieri
debeat *leg.Iulianus* 17.D.*de rei vindicat.* Ergo quod Vlpianus vult in *dict.l.
penultim.* De *condict.tritic.* ſpectari debere quanti res fuit tempore mortis a-
liam interpretationem recipere non poteſt quàm vt ita demum id verum ſit
ſi poſt ſententiam res perierit. Neque tamen indiſtinctè & generaliter ve-
rum arbitror re poſt ſententiam perempta ſpectandum eſſe tempus mortis,
ſed vno tãtùm illo † caſu quo nulla alia ratio ſit propter quam eximi debeat 9
reus ab ipſa re præſtanda, quàm quia res extare deſiit. Finge mortuum eſſe
Stichum, qui etiamſi viueret dari tamen non poſſet, fortè quòd alienus, aut
iam euictus eſſet. Cur dicamus eam deberi Stichi æſtimationem, quæ quo
tempore is mortuus eſt maior fuit quàm tempore condemnationis, cùm ſi
hodie viueret, non alia quàm quæ condemnationis tempore fuiſſet, debere-
tur? Vtique enim nemo dixerit fieri quẽ pluris ob hoc ſolùm quòd ſit mor-
tuus. Sed quemadmodum qui ad hominem dandum condemnatus eſt
quandiu homo extat, & dari poteſt, non liberatur dando æſtimationem,
quæ iudicati tempore fuit, præſertim ſi homo ille pluris nunc ſit, quia non
æſtimationem debet, ſed hominem, quem ſi nunc daret, præſentem quoque
ipſius æſtimationem dare videretur, ita & homine illo, qui dari debuit per-
empto poſt rem iudicatam, ſi pluris fuit mortis tempore quàm condemna-
tionis, nihil cauſſæ eſt cur ad tempus ſententiæ referenda ſit æſtimatio, cùm
ſi iudicato ſatisfactũ fuiſſet victor ex Stichi venditione pretium quod ma-
ius ſuperueniſſet, redigere potuiſſet. Quòd ſi quis miretur caſus iſtos ab
Vlpiano non ita apertè diſtinctos fuiſſe, cogitare debebit ex eo factum hoc
fuiſſe, quòd vel ſola ipſa caſuum diuerſitas ſatis ſupérque hanc diſtinctio-
nem inducit. Nam cùm res † extat, non eſt quærendum de æſtimatione, ni- 10
ſi aliquid ſit quod impediat ne pręſtari res poſſit, vt cùm aliena reperitur, vel
iam euicta: ideóque cùm de rei extantis æſtimatione pręſtanda tractamus,
hoc ipſo ſignificamus cum à nobis caſum tractari quo res debita præſtari
nequeat. Cùm verò extare deſiit, neceſſariò recurrimus ad æſtimationem,
ſiue talis res fuit, quæ ſi hodie extaret dari poſſet, ſiue talis quæ dari non
poſſet tametſi extans proponeretur. Cæterùm non inde fit conſequens, vt
eadem vtroque caſu ratio haberi debeat ineundę æſtimationis rei quæ non
extat. Aperta enim diſſimilitudinis cauſſa illa eſt quam nos nunc tradidi-
mus. Et ſanè ſi poſt † condemnationem creſcere poſſet æſtimatio, nullus 11
vnquam litium finis eſſet. Noua enim condemnatione opus eſſet, & con-
ſequenter aut potius antecedenter noua conteſtatione, atque ita res abiret in
infinitum. Quod ne accidat in eo perſtandum neceſſariò eſt vt iudicati exe-
cutio fiat, ac proinde vt ad condemnationis tempus æſtimatio referatur: A-
lioqui non tam præcedentis cõdemnationis executio, quàm noua condem-
natio fieri videretur. Hoc ipſum tamen ſic intelligi debet ſi non ante con-
demnationem poſt moram res deterior facta ſit. Tunc enim ad morę tem-
pus reuocanda eſt æſtimatio, vt Vlpian. ſcribit in *d.l.pen.* De cuius ſententia
& ratione, itémque de cæteris quæ hoc capite diſputauimus, qui plura ſcire
volet, legat quæ nos fuſiſſimè in hanc rem ſcripſimus *lib.* Con *ct.* 16. *capi-
te* 4. *&* 5.

Digitized by Google

ANTONII FABRI I C.

DECAS DECIMASEPTIMA.

ERROR PRIMVS.

De æſtimatione Quanti plurimi.

SVMMARIA.

1 *Error communis interpretum & pragmat. putantium ſiue ex bonæ fidei iudicio ſiue ex ſtricto quid petatur & mora facta ſit, ſiue per lapſũ dies, ſiue per interpellationem iudicialem aut extraiudicialem condemnandum eſſe debitorem quanti plurimi res fuit ex die moræ in diem condemnationis, adeóque & ſolutionis, detracto tantùm eo tempore, quod iudicatis ad ſoluendum datur.*

2 *Vndè prædictus error manarit.*

3 *d. Erroris reiectio.*

4 *Nec lege, nec ratione ſuffultum eſſe quod aiunt interpretes condemnandum debitorem moroſum quanti plurimi res vnquam fuit à die moræ.*

5 *ICti non tractant de æſtimatione quanti plurimi, niſi cum de actione legis Aquiliæ, aut condictione furtiua diſputant, & cur vtrobique locum habeat.*

6 *A quo die teneatur fur præſtare quanti plurimi res fuit.*

7 *Abhorret à iuris ratione, vt præſtetur æſtimatio quanti plurimi, niſi magna neceſſariáque cauſſa vrgeat.*

8 *Declaratio l. 3 §. cùm per venditorem. D. de act. empt.*

TRACTATVS hic pertinet ad ea quæ aduerſus errores interpretũ & pragmaticorũ à nobis diſputata ſunt Decade ſuperiore. Iam enim ſæpius diximus interpretũ & pragmaticorum errorem † celeberrimum hunc eſſe, vt putent ſiue ex bonæ fidei iudicio, ſiue ex ſtricto quid petatur, & mora facta ſit, ſiue per laſpſum dici, ſiue per interpellationem aut iudicialẽ aut extraiudicialẽ condemnandũ eſſe debitorẽ quãti plurimi vnquã res fuit ex die moræ in diẽ vſque non modò condemnationis, ſed etiam ſolutionis, detracto tantùm eo tempore quod iudicatis ad ſoluendum datur. Quæ receptiſſima *Bartoli* traditio eſt ad §. *in hac l. 3. D. commod.* Cur † cauſſam illud dedit quod Iureconſulti, quibus locis tractant de ineunda rei debitæ æſtimatione nunc hoc nunc illud tempus ſpectari volunt, aliquan[illegible] diem quo dari res debuit, obligatione ſcilicet in diem certum concep[illegible] *in l. quoties 59. D. de verb. oblig at.* aliquando tempus litis conteſtatæ *l. vnum. 22. D. de reb. credit. l. vlt. De condict. triticar. l. hominem. 37. D. de mandat.* aliquãdo cõdemnationis vt in *l. pen. de condict. tritic.* aliquando denique vtro tẽpore pluris res fuit aut quo mora cõtracta eſt, aut quo lis in condemnationem deducitur, vt in *l. 3. §. ſi per venditorem* & in *l. ſterilis 21. §. cum per venditorem. D. de act. empt.* Egregij † ſanè interpretes & ſubtiles nec iniqui, ſi diis placet legum conciliatores, qui quod à prudentibus tam prudenter conſtantérque proditum eſt, ſe hoc aut illo duntaxat tempore ſpectando pro negotiorum & iudiciorum varietate, ſic intelligunt vt indiſtinctè & omni caſu cuiuſlibet temporis rationem haberi oporteat. Eſſet tamen fortaſſe quod eorum imprudentiæ parceretur ſi ſublata iudiciorum bonæ fidei & ſtricti iuris differentia, hoc tantùm dicerent: inſpici debere vtro tempore pluris res

fuit

Digitized by Google

fuit aut morę, ſiue per lapſum diei, ſiue per interpellationem contractę
aut litis conteſtatę, aut rei iudicandę: poſſet enim id ſufficere ad ſupra-
dictos omnes iuris locos conciliandos, ſi nihil aliud agunt illi niſi vt conci-
liēt. Sed illud ferre nullomodo poſſum, quod tam pertinaciter omnes defen-
dunt condemnandum † eſſe debitorem moroſum quanti plurimi vnquam 4
res fuit à die morę. Id enim faciunt non ſolùm ſine lege & ratione, ſed e-
tiam contra eas ipſas leges quibus mouentur. Nam hoc ipſo quod aiunt
aut hoc aut illud tempus ſpectandum eſſe, aut vtro tempore pluris res fuit
vel moræ vel condemnationis, an non negant apertiſſimè æſtimandam eſſe
rem quanti plurimi medio tempore vnquam fuit? Cur enim extremorum
tempora ſpectari dicerent, ſi totum intermedium tempus excludi nollent?
Denique me illud maximè mouet quòd cùm in pragmaticorum & vulga-
rium interpretum ore nihil ſit frequentius quàm vt de quanti plurimi æſti-
matione præſtanda loquantur, Iureconſulti contrà nuſpiam de huiuſmodi æ-
ſtimatione tractant, niſi † cùm vel de condictione furtiua diſputant, vel de 5
legis Aquiliæ actione. Quarum actionum ſpeciale certè & ſingulare ius eſt,
Actionis quidem Aquilianę propter vèrba legis quę ſic concepta ſunt vt
quāti plurimi homo fuit eo anno quo occiſus eſt, facta retrorſum anni com-
putatione, actori præſtari oporteat, *l. ait l. x 21. D. ad leg. Aquiliam.* Con-
dictionis verò furtiuę, quia fur ex quo die furtum admiſit, moram ſemper fa-
cere adeóque furti continuatione furtum quoque perpetuò admittere in-
tellligitur, *l. in re furtiua* 8. §. 1. D. *de condict. furtiu.* Quamquam hoc quoque
quod dicimus teneri furem † condictione furtiua vt præſtet actori quanti vn- 6
quam plurimi res fuit, non vſque adeò generaliter accipi debet, vt quāti plu-
rimi res fuit, à die furti commiſſi præſtandum ſit, ſed tantùm quanti plurimi
fuit à die litis conteſtatę in diem vſque condemnationis: neque enim egre-
ditur retrorſum iudicij accipiendi tempus, vt Vlpianus ait in *l. 2. §. quæ-
ſitum. De priuat. delict.* id eſt quo lis verè conteſtata eſt, vt nos aduerſus *Ac-
curſium* & *Cuiacium* in ſequentibus dicemus. Et ſanè abhorret omnino à
iuris † ratione, vt ea quanti plurimi æſtimatio vnquam ferè niſi magna pla- 7
néque neceſſaria de cauſſa pręſtetur. Ex quo enim certa æſtimatio deberi cœ-
pit, non poteſt quantumcunque doloſa debitoris mora & contumacia face-
re, vt ea æſtimatio augeatur, quia nec incrementi capax eſt, cùm in pecunia
certáque quantitate conſiſtat, *l. 3. D. de in lit. iurand.* Atqui iuris ratio facit vt
quanti res fuit tempore litis conteſtatę, præſtari debeat, quia nouiſſimum
illud tempus eſt quo ſolui ex conuentione res potuit, *l. 2. D. de vſuris.* iuncta
l. ſi Calendis 11. D. *de re iudicat.* Nec quod in iudiciis bonę fidei ſpectamus
vtro tempore pluris res fuit aut morę aut condemnationis, ad rem facit.
Nam vt ſuo loco docuimus, non tam ex mera iuris ratione id conſtitutum
eſt quàm ex bona fide, & eo colore, quòd ſi mora contracta non fuiſſet,
haberet hodie rem creditor, ea verò contracta ſaltem hodie dandum eſt,
quod iam olim dari oportuit, vt Paulus ratiocinatur in *dicto §. cum per ven-
ditorem.* In qua † tamen ratiocinatione ponderandum eſt quod lex ait *hodie* 8
haberet, item quod ſequitur *ſaltem hodie dandum eſt*, vt intelligamus non
eam æſtimationem deberi, quę medio tempore maior fuit, ſed eam de-
mum quę nunc eſt: nunc, inquam, id eſt cùm lis aut in conteſtationem, aut
in condemnationem deducitur. Nam poſt condemnationem non poteſt au-
geri æſtimatio ſiue ipſa in condemnationem deddueta ſit, vt fieri neceſſe eſt

cùm iudici ſententiam ferenti apparet rem ampliùs præſtari non poſſe, licèt remaneat in obligatione, vt in *l. ſi ſeruum* 91. *§. vlt. De verber. obligat.* ſiue res ipſa ex iudicato debeatur, ſed quę tamen præſtari nequeat, quia iam iudicati tempore aut aliena fuerit, aut euicta, vt diximus capite præcedenti. Ex quo & aliis quę tota Decade diſputauimus peti poterunt cætera quę pertinent ad hanc diſputationem.

ERROR SECVNDVS.

De æſtimatione quanti plurimi in condictione furtiua.

SVMMARIA.

1 *Proponitur explicanda ſententia l. in re furtiua. 8. §. 1. D. de condict. furt.*

2 *Placet interpretibus & pragmaticis ex d. l. teneri furem condictione furtiua quanti plurimi res fuit à die admiſſi furti, in diem reſtitutionis, ſeu ſatisfactionis.*

3 *Teneri furem præſtare quanti plurimi res fuerit duntaxat à die litis conteſtatæ. contra interpp. & pragmat. & ſeqq.*

4 *Tempus iudicij accipiendi eſt tempus litis conteſtatæ. & nu. 7.*

5 *Reiicitur diſtinctio Accurſiana inter iudicij accipiendi & accepti tempus.*

6 *Falſam eſſe Accurſii propoſitionem, poſſe dominum cond. ctione furtiua agentem iudicium accipere eo ipſo die, quo furtum factum eſt.*

7 *Senſus verborum l. 2. §. quæſitum. D. de priuat. delict.* condictio ex cauſſa furtiua nō egreditur retrorſum iudicij accipiendi tempus.

8 *Explicatio l. 8 §. 1. D. de cond. furt. & nu. 11.*

9 *Iuris ratio non patitur vt eius contra quem agitur obligatio creſcat ob id ſolùm, quòd tardiùs contra eum agitur.*

10 *Cur cùm moram perpetuò facere fur intelligatur, à die furti quanti plurimi res fuit, tamen non teneatur.*

11 *Detrimentum rei quæ poſt moram deterior facta eſt periculo eius cedit, qui moram contraxit.*

13 *Interpretatio d. l. 2. §. quæſitum. D. de priuat. d. à Stephano Græco interprete allata, & à Cuiacio probata reiicitur.*

14 *d. §. quæſitum. interpretatio Accurſiana, & eiuſdem reiectio.*

15 *Si pluris res fuerit tempore admiſſi furti, cur ad eam quoque æſtimationem condictionis furtiuæ poteſtas non extendatur.*

16 *Odio furis receptum eſt vt pluribus actionibus teneatur.*

17 *Condictio furtiua actionem furti non perimit.*

18 *Cur in condictione furtiua non ſpectetur præciſè tempus litis conteſtatæ, vt in cæteris ſtricti iuris actionibus.*

19 *Interpretes vt probent in condictione furtiua æſtimari rem quanti plurimi fuit à die furti abuti iuris locis, in quibus ſcriptum, furti æſtimationem creſcere penes furem.*

20 *Lapſus Cuiacij in quæſtione de æſtimatione rei quæ condictione furtiua petitur.*

DE æſtimatione quanti plurimi tractant, vt proximè diximus, Iureconſulti cùm diſputant de condictione furtiua *l. in re furtiua* &
1 *§. 1. D. de condict. furt.* vbi Vlpianus † ſcribit ſi ex cauſa furtiua res condicatur & quæratur, cuius temporis æſtimatio fieri debeat, id tempus ſpectandum eſſe quo res vnquam plurimi fuit. Sed quo ſenſu ita Vlpianus ſcripſerit, etſi interpretes omnes & veteres & recentiores conſentiunt cum pragmaticis, mihi tamen cum ipſis nullomodo
2 conuenit. Interpretum † enim & pragmaticorum ſententia eſt, Teneri furem condictione furtiua quanti plurimi vnquam res fuit à die admiſſi furti in diem vſque reſtitutionis factæ aut aliter præſtitæ ſatisfactionis.
3 Ego verò fateor quidem † creſcere æſtimationem in id vſque tempus quo res furtiua reſtituatur, ſed nego eam æſtimationem egredi retrorſum

iudicij

Digitized by Google

iudicij accipiendi tempus : quomodo idem Vlpianus diſertè ſcribit in *l.2.§.*
quæſitum.D.de priuat.delict. Tempus † autem iudicij accipiendi interpretor
tempus litis conteſtatæ. Sic enim loqui prudentes ſolent; quia non niſi poſt
litem apud prętorem conteſtatam iudicium accipi olim poterat, cùm ille iu-
diciorum ritus eſſet vt ex eo tempore iudices dare prætor & poſſet & debe-
ret *l.2.C.de pedan iudic.* Neque poſſum probare differentiam † illam quam 5
Accurſius inducere videtur inter iudicij accipiēdi & accepti tempus : Quaſi
iudicij accepti tempus ad litis conteſtationem referendum ſit, iudicij verò
accipiendi, ad tempus admiſſi furti, quòd, inquit, ex eo die iudicium accipit
& litis conteſtatio fieri potuerit contra furem ſi dominus in agēdo diligen-
tior eſſe voluiſſet. Nā vt taceam quod ex innumeris iuris locis probari poſ-
ſet, iudicij accipiendi & accepti tempus apud Iureconſultos pro eodem v-
ſurpari, vtrumque ſcilicet pro tempore litis conteſtatæ, illud etiam euiden-
ter falſum † eſt poſſe dominum condictione furtiua agentē iudicium accipe- 6
re eo ipſo die quo furtum factum eſt, ſi diligens eſſe velit ad agendum. Quan-
tumlibet enim diligens ſit, fieri tamen nequit vt iudicium accipiat niſi poſt
litem conteſtatam, vt diximus, litis autem conteſtatio pręcedere non poteſt,
quin pręceſſerit editio actionis, vocatio in ius, & alia eiuſmodi quę ſunt prę-
paratoria iudiciorum : quæ tamen omnia nemo dixerit vno eodémque die
expediri poſſe. Fatendum igitur eſt quod Vlpianus ait condictionem furti- 7
uam non egredi retrorſum iudicij accipiendi tempus, alium ſenſum habere
nō poſſe quàm hunc, vt quanti plurimi res furtiua fuit à die admiſſi furti in
diem vſque litis conteſtatę, in condictionem furtiuam numquam veniat, ſed
duntaxat quanti plurimi vnquam fuit à die litis conteſtatę in id vſque tem-
pus quo res reſtituatur ſiue ante ſiue poſt condemnationem. Nec ad rem
pertinet † quod in *dict.l.in re furtiua 8.§.1.de condict.furt.* idem Vlpianus ge- 8
neraliter ſcribit condemnandum eſſe furem in hac actione quanti plurimi
vnquam res fuit. Vnum enim iuris locum ex alio interpretationem accipere
nihil vetat, maximè verò cùm vterque locus eiuſdem eſt Iuriſconſulti quem
à ſeipſo diſſentire credendum non ſit : Concurrente præſertim iuris ratione
quæ eam euincat interpretationem. Quantumuis enim fur odio dignus, iu-
ris tamen ratio † non patitur vt eius contra quem agitur obligatio vnquam 9
creſcat ob id ſolùm quòd tardiùs cōtra eum agatur, quemadmodum Paulus
ait in *l.ſi ſterilis 21.§.cum per venditorem.D.de action.empt.* Eſt enim quod ſi-
bi dominus imputet potiùs quàm furi cur citiùs non egerit, vt furem maio-
ris æſtimationis pręſtandę periculo oneraret. Atqui, inquies, moram † perpe- 10
tuò facere fur intelligitur *dict.l.in re furtiua.§.1.* Cur non ergo à die furti
quanti plurimi res fuit, tenebitur? Reſpondeo, quia condictio furtiua ſtricti
iuris eſt ſicut & cæteræ omnes condictiones. In quo actionum genere iam
ſæpiùs diximus nullū prorſus haberi rationem morę cùm de ineunda rei æ-
ſtimatione tractatur, ſed tantùm quòd ad perpetuandam obligationem : Et
quamuis Vlpianus in *dict.§.1 l.8.* hanc ſententiæ † ſuæ rationem adferat *quia*
fur in re furtiua moram ſemper facere intelligitur, nō tamen ea ratio referenda 11
eſt ad id quod primùm dixerat de pręſtanda quanti plurimi æſtimatione, ſed
ad id quod proximè pręcedit, furem ſi deteriorem factam rem reddat non li-
berari. Eſt enim iuris illa regula generalis, Detrimentū † rei quę poſt morā 12
deterior facta ſit periculo eius cedere, qui moram contraxit: quemadmodum
& eius periculo res periret *l.penult.D.de condict.tritic.l.ſi ex legati 23.l.ſi ſer-*

num.91.§.ſequitur & §.vltim,de verborũ obligation. Neq; probabilior eſt Stephani † interpretis Græci adnotatio,licèt à *Cuiacio* probata ad *l.quoties 59.eo.*
13 *tit.*vt quod Vlpianus ait in *dict.l.2.§.quæſitum de priuat.delict.*æſtimationem rei furtiuæ in condictione furtiua non egredi retrorſum iudicij accipiendi tempus, ad eum caſum coanguſtetur, quo rei æſtimatio à die furti admiſſi in diem vſque litis conteſtatæ non decreuerit. Perinde enim poſſet quis dicere condictionem furtiuam non egredi retrorſum rei iudicatæ tempus, ſi pones eundem eſſe ſemperque fuiſſe valorem rei furtiuę à die furti admiſſi in
14 diem vſque rei iudicatæ.Æquè autem ridiculus † eſt Accurſ.ad *dict.§.quæſitum* vbi tentat an dici poſſit Vlpiani ſententiam eo loco proditam ita demum obtinere ſi pluris nunc res ſit cùm agitur quàm anteà fuerit.Eſt enim interpretatio hæc non ſolùm commentitia, ſed etiam inepta quæ ineptum facit Vlpianum. Quare nec in ea perſtat Accurſius, ſed ad illam confugit quam
15 nos primo loco & retulimus,& refutauimus.Quid ergo,inquies,ſi pluris † res fuit eo tempore quo furtum admiſſum eſt, cur non ad eam quoque æſtimationem cõdictionis furtiuę poteſtas extenderetur? Reſpondeo id fieri non poſſe propter naturam actionis quæ ſtricta eſt: neque tamen ob hoc meliorem effici conditionem furis, quoniam actione furti ad ipſum conueniri poteſt vt eam pręſtet æſtimationem quę fuit tempore delicti. *l. cùm furti 9.D.de in*
16 *lit.iur.* Eſt enim odio † furis receptum vt pluribus actionibus teneatur etiam contrariis,vt puta vindicatione & condictione furtiua, quamuis alioqui verum ſit nemini condictionem rei ſuę dari. *§.itaque.inſtit.de act.l.1.vlt.de condict.tritic.l. vltim. D.vſufruct. quemadmodum caueat.* Nimirùm vt quod vna actione conſequi dominus non poteſt, alia conſequatur. Neque enim
17 condictio † furtiua actionem furti perimit, cùm hęc pœnalis, illa rei perſecutoria ſit, *lege ſi pro fure 7. §. primo, de condiction. furtiu. l. ſi pignor. 54. §.*
18 *cum furti. D.de furt.* Iuſtabis, Cur ergo non ſpectamus † in condictione furtiua tempus litis conteſtatæ præciſè vt in cæteris omnibus ſtricti iuris actionibus? Ego verò non aliam poſſim rationem reddere quàm quia ſic conſtitutum eſt à prudentibus, eodem, vt puto, furis odio, quod illud etiam contra iuris regulas receptum eſt vt fur condictione furtiua teneatur. Nam & illud ſimiliter conſtitutum cernimus, vt in actione legis Aquiliæ res æſtimetur quanti plurimi eo anno fuit, retrorſum facta anni computatione, nec tamen poſſis dicere cur eo anno potiùs quàm aut ſemeſtri, aut
19 biennio,niſi quoniam ità conſtitutum eſt. Interpretes † autem vt probent in condictione furtiua æſtimari rem quanti plurimi vnquam fuit à die commiſſi furti, abutuntur euidenter quibuſdam iuris locis quibus ſcriptum eſt furti æſtimationem creſcere penes furem, vt puta ſi infans ſubreptus ſit qui apud furem adoleuerit, ne alioqui eueniat vt per furti continuationem melior furis conditio fieri videatur, vt Celſus diſputat in *l.inficiando 67.§. infans* iunct. *l. in furti 50.D.de furt.* Nam præter id quod de illo non ſatis benè conſtitit inter Iureconſultos, pleriſque exiſtimantibus ad furti tempus ſemper referendam eſſe æſtimationem, vt docuimus *lib 16.Coniect.cap.12. ex l.ei qui 9.eod.& l.vlt.D.rer.amot.* Sunt iſta longè differentia, Creſcere furti æſtimationem penes furem, & condemnari furem quanti plurimi vnquam res fuit à die furti.Quod enim fur infantis,nunc adoleſcentis, præſtat adoleſcentis non infantis æſtimationem, non ex eo fit, quòd à tempore admiſſi furti pluris infans fuerit, ſed qua pluris eſt nunc cùm agitur, nec dubitatur

quin

Digitized by Google

quin ea ſaltem æſtimatio debeatur, quæ litis conteſtatæ, tempore reperitur. Adde quòd ea quæſtio prudentúmque diſſenſio ad actionem furti pertinet, non ad condictionem furtiuam, de qua dubitari minùs poteſt quin competat ad rem ſubreptam licèt factam precioſiorem penes ſurem, cùm per huiuſmodi condictionem non æſtimatio, ſed corpus ipſum petatur, proindéque ſufficit idipſum corpus eſſe, quod furto ſubtractũ eſt *d.l.in re furtiua, in princip.*iunct.*l.ex argento* 15.*eod.tit. De condict.furt.* Cæterùm hîc illud prætermittendum non eſt *Iacobum Cuiacium* ✝ in hac quæſtione præcipuo quodam er- 2
rore labi in eo quod ſcribit *tract.*8.*ad African. in l.hominem* 37. *D.mandat.*in condictione furtiua æſtimari rem vero tempore pluris fuit, aut furti admiſſi, aut litis conteſtatæ, aut rei iudicatæ, aut mortis. Nam ſicuti non patior eam deberi æſtimationem quę furti tempore ſiue maior ſiue minor fuit, ita ex tempore litis conteſtatæ non vero tempore, quomodo ille loquitur, ſed vt prudentes aiunt, quódque longè diuerſum eſt, quanti plurimi vnquam res fuerit condemnandum furem eſſe contendo, id eſt, ita vt eius quoque æſtimationis quę intermedio tempore maior fuit, rationem haberi oporteat. Contrarium interpretum noſtrorum & pragmaticorum errorem ſuprà refutauimus, in eo quod de cęteris actionibus tractantes volunt præſtari ęſtimationem quanti plurimi, cùm Iuriſconſultis placeat pręſtari d[illegible]e vero duntaxat tempore pluris res fuit, aut morę aut condemnationis ſi bonę fidei non ſtricti iuris actio proponatur, *l.*3. *§.ſi per venditorem.de action.empt.*

ERROR TERTIVS.

De æſtimatione rerum amotarum.

SVMMARIA.

1 *Ex cauſſa rerum amotarum, neque actio furti datur, neque condictio furtiua, & cur.*

2 *Ex ſententia interpretum in actione rerum amotarum facienda eſt condemnatio quanti plurimi res fuit à die quo amota eſt: & cur illud.*

3 *Error interpretum duplex.*

4 *In actione rerum amotarum referenda eſt æſtimatio ad id tempus quo res fuit amota, ſi tunc rerum pluris res fuerunt.*

5 *In actione rerum amotarum non præſtatur æſtimatio quanti plurimi.*

6 *Ratio effati num.4.propoſiti.*

7 *Ratio pronuntiati n.5.propoſiti.*

8 *In actione rerum amotarum, vt recedamus à regulis iuris.*

9 *Declaratur ſententia l.penult. D.rer.amotar.*

10 *Cùm æſtimationem creſcere dicimus, de qua æſtimatione ſit illud intelligendum.*

11 *Errare eos qui ad exemplum condictionis furtiuæ, aiunt in actione rerum amotarum fieri condemnationem quanti plurimi res amota vnquam fuerint.*

12 *In actione rerum amotarum iuratur in litem: in furtiua verò condictione non item.*

13 *Iudicium rerum amotarum cur ſingulare dicatur à Paulo in l.1.D.rer.amotar.*

EX cauſſa ✝ rerum amotarum neque furti actionem neque condictionem furtiuam dari aduerſus eam quę vxor fuit, certiſſimi 1
iuris eſt, ob honorem ſcilicet matrimonij, in eámq;rem comparari neceſſe fuit iudicium ſingulare rerum amotarum, vt ait, *l.*1.*&* 2. *D. rer. amot.* Quia tamen reuera furtum fit, licèt mulier leniùs coerceatur *l. penultim. eod.* eodem ferè in omnibus iure cenſetur quo actio illa

rerum amotarum, condictio furtiua, vt pluribus diſputauimus *lib.4.Coniect.*
2 *cap.* 1. Indéque nimirum moti ſunt interpretes, vt dicerent † in actione iſta
3 rerum amotarum faciendam eſſe condemnationem quanti plurimi vnquam
res fuit ab eo die quo res amotæ ſunt, quoniam & in condictione furtiua idipſum iuris obtinere, vt proximè diximus, æſtimarunt. In quo duplicem †
video errorem. Vnum quòd putant nihil hac parte differre actionem rerum
amotarum à condictione furtiua, alterum quòd in vtraque actione inducunt
æſtimationem quanti plurimi à die delicti. Neque enim puto dubitandum
quin differat hac in re condictio furtiua ab actione rerum amotarum, hactenus nimirum vt in actione † rerum amotarum referenda ſit æſtimatio ad id
4 tempus, quo res amotæ ſunt, ſi tunc pluris res fuerunt *d.l.penult.rer.amot.* ne-
5 que tamen præſtetur † vnquam æſtimatio quanti plurimi ne quidem à tempore litis conteſtatę quomodo in condictione furtiua ab eo demum tempore
6 præſtaretur. Prioris diſſimilitudinis ratio † illa eſt quia actio rerũ amotarum
non tantùm ſubſtituta eſt in locum furtiuæ condictionis, ſed etiam in locum
actionis furti, quæ haud dubiè competeret ſi honor matrimonij non obſtaret. At in actione furti referretur æſtimatio ad tẽpus furti cõmiſſi, *l. in furti.*
9.D.de in lit.iur.l.ei qui 9.de furt. Non igitur debet mulier melioris eſſe conditionis ob id quod rerum amotarum, non furti actione conueniatur ſi eo
tempore quo res amotæ ſunt pluris fuerunt, quam nunc ſint. Iam enim diximus ſuperiore capite ob eam vel maximè cauſſam ita ius conſtitutum eſſe,
vt æſtimatio quanti plurimi quę ex cauſſa condictionis furtiuę irroganda eſt,
non egrediatur retrorſum iudicij accepti tẽpus, quòd actor indemnitati ſuę poſſit conſulere per actionem furti, ſi tunc cum furtum admiſſum eſt pluris res
fuit, quàm nunc ſit. Neque enim vna actio per aliam perimitur cum actio
furti pœnam, condictio verò rem ipſam perſequatur. Poſterioris verò diſ-
7 ſimilitudinis ratio † quę obſcurior videtur illa adferri poteſt, quòd ſolo furis
odio, vt proximè diximus, ac proinde quodammodo in pœnam furti receptum ſit contra iuris regulas vt ex cauſſa condictionis furtiuę ęſtimatio quanti plurimi debeatur: Quo odio digna viſa non eſt mulier quæ res amouit,
tametſi re vera furtum fecerit, quia non idcirco pœnas vllas patitur, nec ad aliud tenetur niſi vt ipſas res, quas amouit reſtituat, in honorem, vt dictum
eſt, matrimonij. Id enim duntaxat egit legiſlator qui rerum amotarum ſingulare iudicium induxit vt mariti indemnitati cõſuleretur: temperata actione nõ cum muliere aut duriùs aut humaniùs quàm par eſſet agere-
8 tur. Nam & in actione † rerum amotarum recedimus à regulis iuris in
eo quod non inſpicimus præciſè quanti res fuerit tempore litis conteſtatæ, vt in condictionibus omnibus, excepta furtiua, & in cæteris actionibus ſtrictis omnibus, nec rurſus vtro tempore pluris res fuit, aut moræ aut condemnationis, vt in bonæ fidei iudiciis, ſed vtro tempore pluris
fuerunt res, amotæ aut quo amotæ ſunt, aut quo petitæ, aut quo denique reſtituendæ. Cùm enim ſubſtituta ſit, vt diximus, in locum duplicis
illius actionis, furti & condictionis furtiuæ, ſumit ex actione furti vt
ad tempus amotionis referri æſtimationem oporteat, ſi tunc æſtimatio maior fuit, ſumit ex condictione furtiua vt creſcat æſtimatio ſi hodie pluris res
ſint, quæ non creſceret ſi actionis furti duntaxat naturam hæc rerum amotarum actio imitaretur. Sumit denique ex iure communi & aliarum actionum
omnium exemplo, ſiue bonæ fidei ſint, ſiue ſtrictæ ſiue arbitrariæ, vt ad quanti plu-

Digitized by Google

tì plurimi ęſtimationem nullo caſu mulier teneatur. Et hic proculdubio † ſen-
ſus eſt dictæ *l.penult. D.rer.amot.* vbi Thryphoninus ſcribit rerum amotarum
æſtimationem ad id tempus quo amotæ ſunt referri debere. Nam *veritate*, in-
quit, *furtum fit, etſi lenius coercetur mulier.* Supple minorē propoſitionem *At-
qui in actione furti tempus inſpiceretur quo furtum factū eſſet. d l.cum furti* 9. *De
in lit.iurand.* Vt inferas, *Ergo & in actione rerum amotarū tempus amotionis in-
ſpiciendum eſt.* Sed ſi pluris factæ res, inquit, non reſtituuntur quæ amotæ
ſunt, creſcit æſtimatio vt in condictione furtiuæ rei. An vt exemplo condi-
ctionis furtiuæ æſtimentur res amotę quāti plurimi vnquam fuerunt? Mini-
mè, ſed vt intelligamus actionem rerum amotarum in eo quòd creſcit æſti-
matio, magis ſimilem eſſe condictioni furtiuæ quàm actioni furti, in qua ſe-
cundùm Thryphonini & aliorum prudētiū receptiorem, vt videtur, ſenten-
tiam, non creſceret æſtimatio, licèt in eo diſſenſerint Iureconſulti, vt docui-
mus *lib.*16. *Coniect.cap.*12. Et ſanè cùm † *æſtimationem creſcere* dicimus non de 10
quanti plurimi æſtimatione pręſtanda intelligimus, ſed de ea quæ nunc eſt. i.
cùm agitur aut cùm lis in condemnationem deducitur, vt in *l. ſi ſterilis* 21.
§.cum per venditorem. D.*de act.empt.* Denique qui dicunt in actione † rerum a- 11
motarum condemnationem fieri debere quanti plurimi vnquam res amotę
fuerunt, non ſolùm ſine lege & ſine ratione loquuntur, ſed etiam ſine exem-
plo. Nam quod ita ius comparatum eſſe volunt ad exemplum condictionis
furtiuæ, errant grauiùs, cùm in condictione furtiua ęſtimatio quanti pluri-
mi nō egrediatur vt diximus iudicij accepti tempus *l.*2. *§.quæſitum.* D. *de pri-
uat.delict.* Itaque dum volunt facere eandem conditionem actionis rerum a-
motarum quę eſt condictionis furtiuę, faciunt deteriorem, quàm è contra-
rio in fauorem & honorem matrimonij decet vtique eſſe meliorem: niſi qua
tenus furti quoque actionē repręſentat. Inde enim illud etiā fit vt in † actio- 12
ne rerum amotarum iuretur in litem ſi mulier eiúſue heres dolo malo dene-
get rerum amotarum reſtitutionem, *l.ſi cùm dos* 8. *§.vlt.cum l.ſeq.* D. *rer.amot.*
quia & in actione furti iuraretur *d.l.cum furti*: quamuis in furtiua condictio-
ne non magis quàm in cęteris actionibus ſtrictis iuretur in litē. Id eſt, niſi v-
no illo caſu quo perierit poſt moram ante conteſtationem. *l. in actionibus*
5. *§. plane & l. ſeq.* D. *de in lit. iurand.* In eóque fatendum neceſſariò eſt dif-
ferre actionem rerum amotarum à condictione furtiua. Quamquam non i-
gnoro interpretes & pragmaticos omnes in ea eſſe hęreſi, vt exiſtimēt in cō-
dictione quoque furtiua perinde ac in actione furti, imò maiore, vt aiunt, ra-
tione in litem iurari. Quod quàm à iuris ratione alienum ſit ſuo etiā loco di-
cemus. Illud tantùm hîc ſubnotare volumus, non ſine cauſſa † iudicium rerum 13
amotarum ſingulare dici à Paulo in *d l.*1. D.*rer.amot.* non quòd ſit diſtinctū
ab actione furti vt quidam putant, aut vt alij interpretantur, quod non ſit
generale vel vniuerſale vt alia pleraque, vel quia detur pro re ſingulari. Aut
denique quia fauore mariti & vxoris introductum ſit iure ſingulari, ſed quia
ſuas proprias & ſingulares habet regulas, ab iis regulis quæ obtinent in alijs
actionibus, etiam in quarum vicem locúmque introductum eſt, ſeparatas:
cùm tamen iure communi non deeſſent vulgares actiones furti, & condi-
ctio furtiua, ſi non in honorem matrimonij nouam actionem, ſingulari quo-
dam iure in eam rem comparari placuiſſet, *conſtituto iure*, vt eadem lex ait, id
eſt ita inducto iure, & prudentum autoritate aduerſus meram iuris ratio-
nem ac ſine lege ſtabilito.

ERROR QVARTVS.

De acceſsionibus & vſuris æſtimationis quanti plurimi.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio apud pragmaticos agitata an æſtimationis quanti plurimi acceſsiones & vſuræ aliquo caſu, & à quo tempore debeantur.*

2 *Diſcrepantes pragmaticorum de propoſita quæſtione ſententiæ.*

3 *Errare 1. interpp. & pragmaticos quòd tractent de æſtimatione quanti plurimi extra caſum legis Aquiliæ & condictionis furtiuæ.*

4 *Secundus error interpretum putantium æſtimationem quanti plurimi iure acceſsionis cēſendā eſſe vt inferant vſuras eius nullas deberi*

5 *Licet æſtimatio quanti plurimi non ſit vice acceſsionis malè tamen ab aliis inferri, eius vſuras præſtandas eſſe.*

6 *Vſuræ non prius vllæ debentur quàm certa ſit quantitas, cuius non ſoluta nomine exiguntur.*

7 *Exceptio.*

8 *Summa ſententia autoris de propoſita ab initio quæſtione.*

1 QVAERVNT paſſim pragmatici, vt error ex errore naſci ſolet, An æſtimationis † quanti plurimi acceſſiones, & vſuræ
2 aliquo caſu, & à quo tempore debeantur. Nec deſunt qui putent † nullas deberi poſſe, moti ea tantum ratione quòd acceſſionis acceſſio nunquam debeatur. Quaſi æſtimatio quanti plurimi acceſſio quædam ſit, & vice eius quod poteſt intereſſe actoris cui proinde ſatis ſupérque conſultum ſit, ſi quanti plurimi merx conſequatur. Alij contra mordicus defendunt, etiam vſuras deberi ſaltem ex die litis conteſtatæ, ſiue bonæ fidei, ſiue ſtricti iuris actio exerceatur, propterea quòd æſtimatio quanti plurimi non tam ſit acceſſio, & vice eius quod intereſt, quam res ipſa quæ debetur. Ac quoniam huic quæſtioni tum maximè locus ſit cū de cēſu & reditu annuo agitur, qui in merce cōſiſtat (in quo debiti genere ſi mora per interpellationē præſertim iudicialē cōtracta ſit cauetur ſtatuti noſtri autoritate vt quāti plurimi eo anno merx fuit præſtari oporteat) fatentur eius quidē anni quo tanti plurimi merx fuit acceſſiones nullas deberi poſſe, ſed pro annis ſequentibus quidni, inquiūt vſuræ debebūtur ex mora aut ſaltē à die litis conteſtatæ, acſi tāta pecunia ab initio debita fuiſſet? Maximè verò cum debitor vt fieri adſolet, obligatus eſt ad faciendam ſua die ſolutionem ſub pœna vſurarum aut quanti creditoris intereſſet, Mihi videntur hi omnes ignoratione principiorum iuris euidenter cæcutire. In eo
3 primùm quod tractant † de æſtimatione quanti plurimi quaſi aliquo caſu debeatur: Quam nos iam diximus toties, & probauimus deberi non poſſe vllo caſu niſi cùm aut de actione legis Aquiliæ tractatur, aut de condictione furtiua: & quod ſtatuto noſtro cautum eſt de æſtimatione quanti plurimi præſtanda, ſi emphyteota in ſoluendo cenſu annuo, congruè interpellatus, moram fecerit, licet omnimodo obtineat propter ſtatuentis Principis autoritatem, tamen ex inueterato interpretum errore profectum magis quàm noui certique iuris conſtituendi animo inductum videri debet, vt & alia pleraque non leuioris ponderis quibus haud dubiè ſolus interpretum error cauſſam dedit. Cęterùm hoc inducto vt æſtimationē quanti plurimi aliquo caſu cer-
4 tiſque de cauſſis præſtari oporteat, errant grauiùs qui putant † cēſendam eam eſſe

eſſe iure acceſſionis vt inferant vſuras eius nullas deberi. Veriſſimũ enim eſt
quod in contrarium alij diſputant,nihil aliud eſſe æſtimationem quanti plu-
rimi quàm rem ipſam quæ debetur,& in cuius locum præſtatur,*l.in re furtiua*
8.§.1.*De condict.fur.l.pen.& vlt.De condict.tritic.*quibus iungi poſſent omnes
cæteri iuris loci qui tractant de ineunda rei debitæ æſtimatione. Quid. n.dif-
ferre poteſt æſtimatio quanti plurimi à communi æſtimatione niſi quatenus
id quod plus eſt differt ab eo quod eſt minus? Atqui vulgatum eſt etiam a-
pud noſtros licèt ex philoſophia depromptũ, Plus & minus nunquam facere
vt differant ſpecie ea,quæ alioqui nõ differrẽt.Sed quamuis†ita ſit vt æſtima- 5
tio quanti plurimi acceſſionis iure cenſeri numquam debeat, non tamen ex
eo ſtatim conſequens ſit quod iſti volunt eius vſuras præſtãdas eſſe: quia nec
ſciri poteſt quid ſit in æſtimatione illa quanti plurimi quãtúmque eo nomi-
ne debeatur,priuſquàm condemnatio, adeóque cõdemnationis taxatio ſecu-
ta ſit, nec proinde fieri poteſt vt moram videatur feciſſe debitor in eo quod
non ſoluit æſtimationem quanti plurimi, nec rurſus vt ante moram in ſol-
uendo contractam vſuras debeat ob hoc ſolùm quod non ſoluerit. Fateor
condemnationẽ nunquam facere vt quid debeatur cùm iuſta condemnatio
eſt,ſed tantùm vt quod re vera debetur, debitum eſſe pronuntietur. Fateor
moram præcedere neceſſariò debere antequàm ad præſtandæ quanti plurimi
æſtimationis condemnationem irrogandam perueniri poſſit: Sed hoc contẽ-
do, ſeparandam eſſe moram in ſoluenda merce contractam, quæ locum fa
ciat condemnationi æſtimationis quanti plurimi, ab ea mora quam præcede-
re neceſſe eſt, vt illius ęſtimationis vſuræ aliquę debeantur. Moram facit
debitor qui ſua die interpellatus non ſoluit mercem quam à ſe debitam eſſe
nõ ignoret, ſi cauſſa iuſta nulla ſit, propter quam recuſare ſolutionem, aut in
longiorem diem differre debeat. Ideóque meritò ad ęſtimationem quanti
plurimi pręſtandam condemnatur, poſtquam inuita etiam iuriſprudentia i-
ta ius conſtitui ſtatuto placuit. Sed non ideò fit vt hoc ipſo moram contra-
xiſſe videatur idem debitor in ſoluenda ęſtimatione: quia quanti plurimi fue-
rit merx quę ſolui debuit, ſciri nullomodo poteſt ante taxationem, & conſe-
quẽter imputari nõ poteſt debitori cur eã pecuniã quę pro ęſtimatione nunc
certa debetur iam antè nõ ſoluerit,non quòd iã ante nõ deberetur, prius etiã
quã certa eſſet, ſed quia neſciebatur quantũ eo nomine deberetur. Quo igi-
tur iure debebuntur vſurę tanquã ex mora? Quare nec vſpiã ſcriptũ reperias,
furem quem lex vult ſi condictione furtiua conueniatur condemnandum
eſſe quanti plurimi vnquam res fuit à die litis conteſtatę, condemnari ęquè
debere ad vſuras eius ęſtimationis; tametſi non poſſit debitoris vllius cauſ-
ſa eſſe odioſior quàm furis, non in eo ſolùm quòd moram in re furtiua ſem-
per facere intelligitur, ſed in eo etiam quòd duriùs cum illo agitur, vel hoc
ipſo quod pręſtat ęſtimationem quanti plurimi quam alij debitores pręſta-
re non ſolent.*d.l.in re furtiua.*§.1.*de condict.furt.* Accedit quòd nec mora ſola
facere poteſt etiamſi iudicialis ſit & contracta per litis conteſtationem, vt v-
ſurę vllę debeantur ex cõtractu ſtricto, quemadmodum à nobis tractatum
probatúmque eſt in ſuperioribus. Quamquam autem fieri poteſt vt citra
moram vſurę debeantur, ſcilicet ex conuentione,vt in *l.qui Romæ.in princip.*
de verborum obligation. fieri tamen nunquam†poteſt vt priùs vllę debeantur, 6
quàm certa ſit quantitas, cuius non ſolutę nomine exiguntur: Niſi vno for-
taſſis illo caſu†quo per debitorem ipſum fiat ne tam citò ea taxatio,& vt pra- 7

gmatici loquuntur, liquidatio fieri poſſit: quod euenit plerunque per tergiuerſationem & fruſtrationem debitorum. Habenda.n.eſt taxatio pro facta in necem debitoris, ex quo per ipſum debitorem ſtat ne fiat. Vt dici ſolet de conditionibus omnibus haberi eas pro impletis in odium eius per quem ſit
8 quominus impleantur *l. iure ciuili* 24. *De condic. & demonſtr.* Concludamus† igitur, æſtimationis quanti plurimi vſuras numquam deberi ne quidem ex die condemnationis, aut ex eo tempore intra quod iudicato ſatisfieri oportet, ſed ex eo demum quo poſt factam condemnationis taxationem mora in excutione iudicati commiſſa eſſe cœperit, ſiquidem nec priùs faciendi iudicati tempora currere incipiunt, quàm taxatio illa ſecuta ſit, quoties citra taxationem illam neſciri poteſt quid quantumque deductum videri debeat in condemnationem.

ERROR QVINTVS.

De iureiurando in litem cum agitur condictione furtiua.

SVMMARIA.

1 Error interpp. & pragmaticorum putantium in condictione furtiua in litem iurari poſſe: & vnde ab illis adſtruatur.

2 Actio furti à condictione furtiua magnopere differt.

3 Condictio furtiua infamiam non irrogat vt actio furti.

Ratio ob quam putat Accurſius in actione furti non iurari in litem, & eiuſdem refutatio.

5 Interpretatio Accurſiana l. cùm furti. 9. D. de in lit. iurand. & eiuſd. reiectio.

6 Caſus vnicus quo in condictione furtiua iuratur in litem.

7 Numquam iuratur in litem quanto plurimi res fuerit.

ETSI nullo iuris loco ſcriptum eſt, in conditione furtiua iurari
1 poſſe in litem, frequentiſſima† tamen interpretum & pragmaticorum omnium vox eſt, iurari poſſe. Quam in rem Accurſio duce abutuntur, *lege, cum furti* 9. D. *de in lit. iur.* Vbi Iabolenus ex Caſſio ſcribit cùm furti agitur iurari oportere, tanti rem fuiſſe cùm furtum factum eſt, actionem furti interpretantes condictionem furtiuam. Prorſus
2 ridiculè & ineptè. Nemo enim neſcit, differre † toto genere actionem furti à condictione furtiua, cum illa pœnalis ſit, hæc rei perſecutoria, vnde fit vt nec altera per alteram perimatur *l. ſi pro fure* 7. §. 1. D. *de condict. furt. l. ſi pignore* 54. §. *vlt.* D. *de furt.* Itémque vt ceſſante furti actione poſſit condictio furtiua competere, quemadmodum in ſpecie illa de qua Paulus *in l.* 3. §. *ſed & cum vxore. D. rer. amot.* (niſi tamen is locus Triboniani eſt potiùs quã Pauli) ſi ei cui heres maritus eſt, vxor furtũ fecerit, vel marito antequam nuberet. Ceſſante enim non ſolùm actione rerũ amotarũ, propterea quòd furtum extra matrimonium eſſe factum proponitur, itémque actione furti propter reuerentiam
3 perſonarum, vt lex ait, ſola ſupereſſe poteſt condictio furtiua, quæ† non ſicut actio furti infamiam irrogat. Ceſſat namque ignominia in condictionibus quãuis ex famoſis cauſſis pendeant *l. ceſſat* 36. *D. de obligat. & action.* Ergo quod *in d. l. cum furti*, ſcriptũ eſt de actione furti vt in ea iurari poſſit, nec de condi-
4 ctione furtiua intelligi poteſt, nec ad eã protrahi debet. Ratio †autẽ cur non poſſit Accurſius ſibi perſuadere quòd in actione furti iuretur in litẽ, nullius planè momenti eſt. Ait enim actionẽ illã furti nihil niſi pœnã perſequi, quaſi con

ſi conſequens ſit nihil igitur cauſſæ eſſe cur in ea iurari in litẽ oporteat. Cer-
tũ enim eſt in duplo illo aut quadruplo quod in furti manifeſti vel nec ma-
nifeſti pœnã irrogandũ eſt, ſimplũ contineri, nec niſi ex cõparatione ſimpli
poſſe dupli aut quadrupli rationẽ iniri. Proinde neceſſariò ſẽper inſpiciendũ
eſt quid quantúmque in ſimplo ſit: quod ipſum ſi res furtiua per dolũ & con-
tumaciam furis nõ exhibeatur, aliter ſciri non poteſt quàm ſi actori permit-
tatur vt iuret in litẽ, non quòd neſciri poſſit quanti re vera fuerit res furtiua
eo tẽpore quo furtũ factũ eſt, adeóque etiãſi extare deſierit, quẽadmodum e-
uenit in actione legis Aquiliæ cum homo occiſus æſtimatur quanti plurimi
fuit eo anno retrorſũ cõputato, ſed quia quãdiu res furtiua extat, nõ eſt cogẽ-
dus dominus re ſua carere ac iuſto pretio eã vendere, non magis quàm ſi a-
geret ex bonæ fidei contractu ad rei ſuæ reſtitutionem *l. tutor. S. eod. l. non enim
9. D. rer. amot. l. filiofamilias 25. §. 1. D. ſolut. matr.* Cur enim deterioris condi-
cionis ſit agens ex delicto? Tractamus ſiquidem de actione furti quæ com-
petat ratione dominij, vt Papinianus loquitur in *l. ſi vendidero. 80. §. 1. D. de
furt.* Ex quo etiam apparet longè improbabiliorẽ eſſe aliam† Accurſij inter- 5
pretationem, qui parum ſibi ſatisfaciens in eo quod dixerat actionis furti no-
mine condictionem furtiuam intelligi debere, maluit tandem ſequi Azo-
nem exiſtimantem Iabolenum in *d. l. cum furti* tractare de ſacramento in
litem, ſed de eo, inquit, quod veram quantitatem rei ſubtractæ continet, ſiue
actione furti, ſiue condictione furtiua agatur, quia & in actione furti habetur
reſpectus ad rem, ſicut & in interdicto vnde vi ex *l. ſi quando 9. C. vnde vi.* Nam
præter id quod titulus ipſe ſub quo lex poſita eſt oſtendit ſatis non niſi de iu-
reiurando in litem accipi legem debere, non poſſum ego intelligere quod-
nam illud iuſiurandum ſit, quod ille comminiſcitur, ſi non illud eſt quod
vulgò interpretes vocant iuſiurandum veritatis: quod ipſum tamen, ſi
quod tale eſt, de quo diſputabimus in ſequentibus, aliud quàm in litem
eſſe non poteſt. At neque video ex quo iuris loco aut qua ratione probare
Accurſius poſſit iurari in condictione furtiua, qualecumque tandem iuſ-
iurandum illud ſit quod interponi velit, niſi vno illo caſu† quo etiam in cæ- 6
teris condictionibus, & ſtricti iuris actionibus iurari in litem poteſt, nimi-
rum cùm res petita periit poſt moram ante conteſtationem *l. in actionibus 5.
§. planè. de in lit. iur.* quod iuſiurandum ſoleo ego dicere neceſſitatis, non vt
interpretes vocant, veritatis, quia nec eius deferendi alia ratio eſt quàm quod
non aliter poſſit iudex exiſtimare rem quæ non extat, vt in *d. §. planè Iuriſcõ-
ſultus ſcribit.* Porrò extra eum caſum neceſſitas nulla eſt propter quam aduer-
ſus iuris regulas induci debeat vt in condictione furtiua magis quàm in a-
liis ſtrictis iudiciis in litem iuretur: cùm ſi quid aduerſus furem eius odio du-
rius conſtitui deberet, poſſit actio furti ſufficere actori vt non tantùm de ve-
ritate, ſed etiam ex affectione iuret. Idcirco enim furis odio cõparatum eſt,
pluribus adeóque contrariis actionibus eum teneri, id eſt vindicatione, con-
dictione, & furti, vt quod actor per vnam conſequi nequit, per aliam con-
ſequatur. Denique ſunt iſta prorſus repugnantia, in condictione furtiua
iurari in litem, & fieri condemnationem æſtimationis, quanti plurimi vn-
quam res fuit. Inauditum enim eſt iurari† in litem quanti plurimi res fuerit. 7
Et ſanè ſi quo caſu iurari poſſet iuraretur contra occiſorem ex lege Aquilia,
cùm is perinde ac fur ex delicto adeóque improbiore conueniatur. Quod ta-
men non ita eſt. Probare enim illo caſu actor debet quanti plurimi eo anno

Digitized by Google

fuerit ſeruus occiſus,facta retrorſum anni computatione, non de eo iurare. Cùm enim iurare licet non quanti res fuerit,ſed quanti eſſe aut fuiſſe iuratũ ſit inſpici debet. Vnde illud eſt quod ait *lex vltim. De in lit.iur.* De periurio eius,qui ex neceſſitate iuris iurauit non facilè queri ſolere. Nunquã enim iuſiurandum in litem deferri ſolet niſi cùm neceſſe eſt vt vel rationi iuris vel æquitati ſatisfiat: vt docebimus *infr.cap.*8.

EERROR SEXTVS.

De differentia iudiciorum bonæ fidei & ſtricti iuris in re debita per iuſiurandum in litem æſtimanda.

SVMMARIA.

1 *Ad quem caſum pertinere velint interpretes differentiam inter iudicia bonæ fidei & ſtricta, quam affert Vlpianus in l. 3. §. in hac, D. commodat.*

2 *Ex ſententia Bartoli & aliorum in bonæ fidei iudicijs æſtimatur res per iuſiurandum in litem inſpecto tempore rei iudicatæ, in ſtrictis verò ex tempore litis conteſtatæ.*

3 *Ratio ſuperioris differentiæ à pragmaticis afferri ſolita.*

4 *Commentitiam eſſe diſtinctionem iuriſiurandi in iuſiurandum adfectionis & veritatis.*

5 *Falſum eſſe illud Bartoli Iuſiurandum adfectionis quod in bonæ fidei iudicijs locum habet, naſci ex dolo admiſſo per reum in iudicati executione.*

6 *An & quando iuretur in litem in executione iudicati.*

7 *In iudicijs & bonæ fidei iurari poteſt ex mora ante ſententiam commiſſa, contra Bartol.*

8 *In ſtrictis iudicijs vno tantum caſu poteſt in litem iurari nimirum ſi res perierit poſt moram debitoris, ante litis conteſtationem, contra Bart. & alios.*

9 *Commune eſt iudiciorum bonæ fidei & ſtricti iuris, quòd tempus litis conteſtatæ ſpectari ſemper conueniat ex mera iuris ratione.*

10 *Differunt tamen quia in ſtrictis ſpectatur præciſè tempus litis conteſtatæ, in bonæ fidei iudicijs non item.*

11 *Si ex contractu bonæ fidei agatur ad rem quæ poſt moram, necdum tamen lite conteſtata perijt, locus erit iuramento in litem, ac ſi ex contractu ſtricto ageretur.*

12 *Error Bartoli interpretantis tempus litis conteſtatæ tempus moræ.*

13 *In iudicijs ſtrictis nulla habetur ratio moræ, niſi ad perpetuandam obligationem.*

14 *Error interpretum aientium difficultatem probationis cum mora concurrentem inducere iuſiurandum in litem quod dicitur veritatis.*

15 *Cùm agitur de re debita æſtimanda per iuſiurandum in litem ineptè quæri an huius vel illius temporis rationem haberi oporteat.*

16 *Cur in actione furti iuretur, tanti rem fuiſſe cùm furtum factum eſt.*

17 *Quomodo accipiendum quod ait Vlpianus in l.3.§.in hac.D. commod. in actione commodati ſicut in cæteris bonæ fidei iudicijs iurari in litem & rei iudicandæ tempus ſpectari, cùm in ſtrictis tempus litis conteſtatæ ſpectetur.*

INTERPRETES noſtri,qui nullam,vt diximus,differentiam agnoſcũt inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris,cùm de re debita per iudicem æſtimanda tractatur,nec tamen negare poſſunt differentiam illam conſtitui, quam omnium apertiſſimè Vlpianus ponit in *l.3.§.in hac D.commod.*vt in iudiciis † bonæ
1 fidei ſpectetur tempus rei iudicandæ,in ſtrictis verò tempus litis conteſtatæ, cogũtur vt ſe euoluãt,differentiã referre ad eũ caſum quo res debita non per iudicẽ,ſed per iuſiurandũ in litẽ æſtimanda eſſe proponatur. Cuius ſentẽtiæ autor fuit *Bartolus* ad *d.§.in hac*; aliiſq; quàm plurimis locis, motus, aut vt meliùs dicam,à ſeipſo vltro deceptus eo colore,quòd Vlpianus in *d.§. in hac* tractans

tractans de ineunda rei commodatæ æſtimatione,tractat etiam de iureiurãdo
in litem quod in actione commodati locũ habet, vt & in cæteris bonæ fidei
iudiciis. *Bartoli* igitur † ac vulgarium interpretum,omniũ nq; pragmaticorũ 2
ſententia eſt, in eo differre bonæ fidei iudicia à ſtrictis, quòd in bonæ fidei
iudiciis æſtimatur res per iuſiurandũ in litẽ inſpecto tempore rei iudicatę, in
ſtrictis verò ex tempore litis conteſtatæ. Diſſimilitudinis † rationem illã ad- 3
ferunt,quòd iuſiurandũ in litẽ in actionib. bonæ fidei ſit adfectionis, naſca-
túrq; ex dolo per reũ admiſſo in iudicati executione,cùm reus ad rẽ tradendã
condemnatus non vult parêre,non autem ex mora ante ſententiam commiſ-
ſa. In ſtrictis verò contra; naſcitur,inquiunt, ex dolo commiſſo ante ſenten-
tiam quandocumque, imò verò ex ſola mora etiam citra dolum, iuncta ta-
men difficultate aut potiùs impoſſibilitate probationis *l. in actionibus. in prin-
cip. & verſ. planè.* D. *de in lit. iurand.* Mora autem ſi non ſemper ante conteſta-
tionem,ſaltem tunc contrahitur cùm conteſtatio fit, ob idque putat *Bartolus*
litis conteſtatæ non moræ tempus ab Vlpiano expreſſum eſſe in *d. §. in hac*,in-
déque etiam fieri vt quibus locis tractant Iureconſulti de iureiurando adfe-
ctionis præſens tempus ſemper demonſtrent his verbis *quanti res eſt*, vt *d. §.
hac. d. l. in actionib. l. arbitrio* 18. §. 1. D. *de dolo l. qui reſtituere* 67. D. *de rei vin-
dic. at.* Tempus verò præteritũ *quanti res fuit* quoties tractant de iureiurando
in litem in iudiciis ſtricti iuris *l. numis* 3. D. *de in lit. iurand.* quod iuſiuran-
dum interpretes & pragmatici omnes poſt *Bartolum*, veritatis iuſiurandum
vulgò appellant. Nos quàm ſit hæc diſtinctio à iuris ratione aliena docuimus
fuſiſſimè *lib. 16. Coniect. cap. 1. & 13.* Sed tamen facere non poſſumus quin hîc
nonnulla repetamus,vt non tantùm doctioribus, ſed etiam nudis pragmati-
cis, quibus noſtri illi Coniecturarum libri non abs re paullò obſcuriores vi-
deri poſſunt,quantum in nobis erit conſulamus. Illa primùm diſtinctio † ri- 4
dicula,prorſuſque commentitia eſt vti iuſiurandum aliud ſit adfectionis, a-
liud veritatis. Nullum enim veritatis iuſiurandum agnoſcunt Iureconſulti,
vt ſequenti Decade dicemus: nec fieri poteſt vt actori concedatur in litem
iurare quin eius adfectioni indulgeatur. Deinde falſum † eſt quod iſti vo- 5
lunt iuſiurandum adfectionis quod in bonæ fidei iudiciis locum habet, naſci
ex dolo admiſſo per reum in iudicati executione. Vlpianus enim cùm in
dicto §. in hac ſcribit ſpectandum eſſe tempus rei iudicandæ, apertiſſimè de-
monſtrat tempus quo res iudicanda eſt, & in condemnationem deducen-
da, vt idem ille loquitur in *l. 3. §. ſi venditorem. De action. empt.* non etiam
tempus illud quo res iam iudicata ſit, quod vtique ſpectari oporteret ſi non
niſi in executione iudicati in bonæ fidei iudiciis in litem iuraretur. Et vero
quid ſi res commodata aut ex alio bonæ fidei contractu debita deſierit ante
rem iudicatam præſtari poſſe dolo malo debitoris? Quidni condemnabitur
rectè debitor ad æſtimationem? aut quomodo aliter ſententia feretur? Non
enim niſi fruſtrà & ineptè iudex condemnauerit debitorem ad præſtandam
ſpeciem quam ſciat præſtari ampliùs nullomodo poſſe. Sicut è contrario fa-
ceret ridiculè ſi debitorem condemnaret ad æſtimationem ſpeciei poſitæ in
obligatione,& quæ præſtari adhuc poſſet, *l. vlt. C. de fideic. libert.* Nec ſanè vl-
libi reperio iurari † in litem in executione iudicati, præterquàm in rei vin- 6
dicatione & aliis, ſi quæ ſunt eiuſmodi arbitrariis in quibus neceſſe eſt præ-
cedere iuſſum de reſtituendo priuſquàm perueniri poſſit ad condemnationẽ
d. l. qui reſtituere 63. D. *de rei vindic.* Quamquam ſi cum prudentibus potiùs

quàm cum interpretibus loqui velimus, ne tùm quidem iuratur in executione iudicati, quoniam iuſſus ille de re quæ petitur reſtituenda arbitrium dicēdum eſt non ſententia aut condemnatio, *§. prætereà. Inſtit. de action.* vt ſuo loco dicemus. Et conſequenter falſum etiam eſt quod ait *Bartolus* in iudiciis † 5
bonæ fidei non iurari ex mora ante ſententiam commiſſa. Cōtumacia enim eius qui conuenitur ſi reſtituere iuſſus non pareat, licèt ſequatur arbitrium illud & iuſſum reſtituendi, ſententiam tamen præcedit. Sententia ſiquidem non dicitur per quam reus neque abſoluitur, neque condemnatur, quorum neutrum per arbitrium fit, ob idque nec iudicandi officio functus videri poteſt iudex qui rem reſtitui iuſſit, quomodo haud dubiè functus dici deberet, ſi arbitrium eiuſmodi ſententiæ & condemnationis iure cenſeretur. *l. iudex poſteaquam. D. de re iudicat.* Rurſus quod noſtris placet, in iudiciis ſtricti iuris iuſiurandum naſci ex dolo quandocunque ante ſententiam commiſſo, iuncta difficultate aut potiùs impoſſibilitate probationis, totum nugatorium eſt.
6 Nullo enim † prorſus caſu natura iudicij ſtricti patitur iurari poſſe in litem ſiue mora & culpa ſola, ſiue dolus interceſſerit, niſi cùm caſus neceſſitas eo adigit iudicem vel inuitum vt deferat iuſiurandum, id eſt cùm fieri nequit vt citra delationem iuriſiurandi res de qua agitur æſtimetur: quod ipſum vno tantùm illo caſu euenit quo res debita perierit poſt moram debitoris ante litis conteſtationem. Nam cùm ante moram periit, conſtat liberari debitorem naturali interitu rei, nec quicquam amplius ab eo peti poſſe, *l. ſi ex legati 23. de verb obl.* Cùm verò periit, non ſolùm poſt moram extra iudicium aut ſola libelli oblatione & denunciatione contractam, ſed etiam poſt litem conteſtatā equidem manet debitor obligatus acſi res perempta non eſſet, *l. ſi ſeruum 91. §. ſequitur. & §. vlt. eo.* Sed tamen nulla cauſſa eſt propter quā iurari in litē debeat, quia etiamſi res extaret, cuius præſtationē aliquid impediret non alia æſtimatio deberetur quàm quæ litis cōteſtatæ tempore fuiſſet, vt à nobis comprobatū eſt in ſuperioribus. Quanta verò fuerit ea æſtimatio inſpecto tēpore condemnationis, perinde ſciri poteſt etiam poſteaquàm res perempta eſt, acſi adhuc extaret. Neque enim quod homo nunc mortuus eſt impedit quo minùs ſciri poſſit quanti eſſet antè quàm moreretur, neq; in eam rem neceſſariū eſt iuſiurandū, vt cernere eſt in ſpecie, *l. pen. D. de condic. trit.* itémque in actione legis aquiliæ in qua æſtimatur res quāti plurimi eo anno fuit facta retrorſum anni computatione, *l. ait lex 21. & paſſ. D. ad l. aquil.* Vnus igitur caſus ille ſupereſt quo iurari poſſit in litem poſt rem peremptam, ſi res perierit poſt moram & ante conteſtationē. Tunc enim cùm mora faciat vt res etiamnum extare videatur quæ tamen præſtari amplius non poteſt, nec rurſum moræ ratio vlla habeatur in iudiciis ſtrictis, quod pertinet ad incundā æſtimationē rei debitæ, ſed tantùm quod ad perpetuandam obligationem, neceſſariò ſit conſequens non ſolùm vt rei peremptæ æſtimationem deduci in condemnationem oporteat, ſed etiam vt æſtimatio illa ex præſenti tempore cōſtituenda ſit, id eſt ex eo tempore quo agitur & litis conteſtatio fit, non ſecus quàm ſi res extaret quæ & pro extante habetur. Porrò ea præſens æſtimatio rei iam peremptæ neque officio iudicis neque arbitrio boni viri conſtitui vllomodo poteſt, quoniā inſpecta veritate æſtimatio rei non extantis nulla eſt. Inde nimirum ita ius comparari neceſſe fuit, vt vel inuito iudice & quātumlibet repugnāte ſtricti iudicij natura deferri poſſit hoc caſu iuſiurādum in litē: quod vno verbo Marcianus explicat in *d. l. in actionib. in ſi.* his verbis, ***quia nō poteſt iudex***

iudex æſtimare ſine delatione iuriſiurandi rem qua non extat. Etſi autē is locus
nō niſi de iudiciis ſtrictis tractat, nemo tamē nō videt idem quoq; dicendū
eſſe, ſi ex bonę fidei contractu agatur ad conſequēdam rem quę poſt moram
perierit & ante litem conteſtatā: quoniam illo etiā caſu locum habet eadem
ratio iuris & neceſſitatis. Quamquam enim hoc plus eſt in iudiciis bonæ fi-
dei quod in iis habetur, quod ad omnia ratio morę, tū etiā cùm quęritur de
ineunda rei debitæ æſtimatione: non tamen vſque adeò inſpicimus tempus
illud moræ, vt non pluris æſtimari res debeat ſi pluris ſit tempore litis con-
teſtatę aut condemnationis, *l.3.§.ſi per vēditorem.l.ſi ſterilis 21.§.cùm per ven-
ditorem.D.de action.empt.* In eóque commune † ius eſt iudiciorum omnium 9
tam bonę fidei quàm ſtricti iuris, quòd tempus litis conteſtatę ſpectari ſem-
per conuenit ex mera iuris ratione, ſiue quòd quale quid eſt cùm petitur ta-
le dari debeat. *l.* 2. D. *de vſuris*, ſiue quòd ex eo tempore quídque æſtiman-
dū ſit quo nouiſſimè ſolui potuit, *l.ſi Calendis* 11.D.*de re iudic.* Soluendi au-
tem facultas ex conuentione competit & libera eſt vſque ad conteſtatio-
nem: qua accedente noua quædam obligatio naſcitur quam diſſolui etiam
neceſſe eſt vt prior obligatio perimatur, arg. *l.ſi Titium* 9.D.*de ver.oblig.* iūct.
l.3.§.idem ſcribit.D. de pecul. Differentia tantùm in eo eſt, quòd in † iudiciis 10
bonæ fidei tempus illud litis conteſtatæ ita ſpectatur vt tamen non ſpecte-
tur pręcisè, quoniam bona fides quę in eo iudiciorum genere maximè exu-
berat, efficit vt morę quoque vel condemnationis tempus inſpici oporteat,
ſi alterutro tempore pluris res fuit. In ſtrictis verò ſpectatur pręcisè tempus
litis conteſtatæ, propterea quòd in iis nulla prorſus bonæ fidei ratio habe-
tur. Quę proculdubio Vlpiani ſententia & ratio eſt in *d.§.in hac.l.3. commod.*
Ergo ſi ex cōtractu† bonę fidei agatur ad rem quę poſt moram necdū tamen 11
lite conteſtata perierit, fatendum eſt æquè locum eſſe debere iuramēto in li-
tem acſi ex contractu ſtricto ageretur, quandoquidē ſi hodie res extaret, fieri
poterat vt pluris nunc cùm agitur, eſſet, quàm morę tempore fuiſſet, nec vn-
quam melior debitoris conditio eſſe debet ob id ſolùm quòd iudicio bonæ
fidei conueniatur, cùm propter moram culpámque ſuam cōuenitur. Ex quo
magis apparet quantopere fallatur *Bartolus* qui hanc iudiciorum bonę fidei
ſtricti iuris differentiam ſic tractat quaſi quod ſcriptū eſt de iudiciis ſtrictis
in *d.§.planè.l.in actionibus.De in lit.iuran.* ad iudicia bonę fidei pertinere ne-
quaquam poſſit. Sicut & in eo† labitur euidentiſſimè quod tempus litis con- 12
teſtatæ à prudentibus dictum putat pro tēpore moræ eo colore quòd tūc ſal-
tem cùm litis conteſtatio fit, mora contrahatur. Nā præter id quod nuſpiam
illi in hac quæſtione meminerunt temporis moræ, ſed ſemper litis conteſta-
tę vt in d. *d.l.3.§.in hac.* D.*commod.l.vinum* 22. D.*de reb.credit.l.vlt.ff. de con-
dict. tritic. l. hominem* 37.D.*mandat.* Illud etiam conſtat quod iam diximus
& ſæpius monuimus, in iudiciis † ſtrictis nullam omnino haberi poſſe ra- 31
tionem moræ, niſi quòd ad perpetuandam obligationem, quia vt moræ
ratio habeatur fit ex bona fide, quæ in iudiciis ſtrictis ad augendas præ-
ſtationes nullum penitus locum habet. Nec ſimile eſt, ſi quis obiiciat, ple-
riſque iuris locis ſcriptum eſſe legatorum fructus & vſuras deberi à die litis
conteſtatę *l.1.& tot.tit.*C.*de fructib.& vſur.legat.* cùm tamē conſtet deberi à
die moræ ſi qua mora heredis pręceſſerit conteſtationem, *l.in minorum*, C.*in
quib.cauſ.in integr.reſtit.l.3.*D. *de vſur.l. Titia Seio* 87.*§.vſuras.de legat.2.* Ea
namque interpretatio quæ ab Accurſio primùm allata, etiam à nobis com-

probata eſt *lib. Coniect. cap.* 3. prorſus neceſſaria eſt, non ſolùm vt tot iuris loci conciliẽtur, qui inuicem alioqui pugnarent, ſed etiam ne qua vis fiat iuris rationi. At neque locus vllus iuris noſtri, neque ratio vlla dictat vt in iudiciis ſtrictis tempus moræ inſpiciatur ad eundem æſtimationem, ſiue officio iudicis, aut arbitrio boni viri, ſine per iuſiurandum in litem æſtimatio ineatur, ſed leges omnes clamant inſpiciendum eſſe tempus litis conteſtatæ. Cur ergo tempus illud litis conteſtatæ interpretabimur tem-
14 pus moræ? Sed & in eo errant interpretes, † quòd aiunt difficultatem probationis cum mora concurrentem inducere iuſiurandum in litem quod illi appellant veritatis. Non enim ſola difficultas quantumcumque grauis, ſufficeret, ſi non ipſa etiam, vt ita dixerim, impoſſibilitas adeſſet. Primúſque Zeno Imper. fuit qui propter ſolam probationum difficultatem introduxit, vt iurari poſſit in litem in ſpecie *l. ſi quando* 9. *C. vnde vi*, id eſt, o-
15 dio violenti inuaſoris. Denique cùm quærimus de re † debita æſtimanda per iuſiurandum in litem, ridiculi & inepti ſimus, ſi quæramus an huius aut illius temporis rationem haberi oporteat. Fit enim æſtimatio eiuſmodi ex adfectione iurantis, cui ſi indulgere legiſlator nollet, non eſſet cur ei iuſiurandum deferre deberet. Non eſt contrarium quod ſcriptum
16 eſt in *l. cùm furti* 9. *D. de in lit. iurand.* cùm furti † agitur iurari ita oportere, *Tanti rem fuiſſe cùm furtum factum eſt.* Id enim ita conſtitui neceſſe fuit, quia vt præcedenti capite dicebamus, ex comparatione illius ſimpli de quo iuratur, duplum vel quadruplum conſtituitur quo pœna furti ſiue manifeſti, ſiue non manifeſti continetur, pœnam autem ad tempus delicti referri neceſſariò conuenit cùm propter delictum infligatur. Cæterùm etiamſi actor iurauerit longè pluris rem fuiſſe quàm re vera fuerit, cùm fur rem factum eſt, non idcirco de periurio quæretur, nec ob id minoris fur condemnabitur quòd paratus ſit probare minoris rem tunc fuiſſe: ſi modò talis caſus ſit in quo iuſiurandum in litem deferri debuerit, id eſt, ſi actio furti competat iure dominij, nec fur exhibere rem furtiuam, & reſtituere velit.
17 Igitur † quod Vlp. in *d. §. in hac.* ſcribit in actione commodati ſicut in cæteris bonæ fidei iudiciis iurari in litem & rei iudicandæ tempus ſpectari cùm in ſtrictis tempus litis conteſtatæ ſpectetur, non ſic accipi debet, quomodo noſtri volunt, vt vnica ſententia ſit de re debita per iuſiurandum in litem æſtimanda, ſed quomodo nos ſuo loco interpretati ſumus, vt duæ ſint ſententiæ, vna de iureiurando in litem quòd in bonæ fidei iudiciis locum habere ſolet ob dolum ſi actor rem ſuam repoſcat, non etiam in ſtrictis, niſi cùm alia ineundæ æſtimationis ratio prorſus nulla eſt. Altera de ineunda æſtimatione ad quam ſolam pertinet differentia eo loco tradita inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris. Reliqua ad hanc quæſtionem pertinentia petenda ſunt ex his quæ diximus *lib.* 16. *Coniectur. cap.* 1. & 13. & quæ nos ſubiiciemus. De iureiurando veritatis *infr. cap.* 8.

ERROR

ERROR SEPTIMVS.

De iureiurando in litem in actione ex empto.

SVMMARIA.

1 *Error interpretum & pragmaticorum putantium in actione ex empto iurari in litem: & vnde id colligant.*

2 *In omnibus bonæ fidei iudiciis non iurari in litem, contra interpretes.*

3 *Fidem rumpere quis dicatur in l. ei apud quem.53.in pr.D.depoſ.*

4 *Si ad rei venditæ traditionem agatur, venditor non ad aliud condemnari debet, quàm vt præſtet quanti emptor ſua intereſſe probauerit.*

5 *Longè inter ſe hæc differunt, condemnari quem in id quod aduerſarij intereſt: & condemnari quanti aduerſarius in litem iurauerit.*

6 *Quatenus condemnandus ſit venditor vt rem tradat, quam vendidit.*

VVLGO creditum † eſt in actione ex empto iurari in litẽ, nec 1
ferè eſt ex veteribus interpretibus iuris, quos pragmatici paſ-
ſim ſequuntur, qui diſſentiat: non quòd aliquo iuris loco ſcri-
ptum ſit ita eſſe, ſed quia generaliter ſic comparatum ius eſſe
putant, vt in omnibus bonæ fidei iudiciis iuretur in litem ſi
res debita non præſtetur ex *l.in actionibus* 5.D.*de in lit.iur.l.3.§.in hac.*D.*commod.l.1.§.in depoſiti.*D.*depoſit.* Quaſi bonæ fidei ratio ius hoc poſtulet, proin-
déque faciat vt eadem cauſſa eſſe debeat iudiciorum omnium quæ bonæ fidei
dei eſſe exiſtimantur: inter quæ iudicium empti & venditi principem ferè
locum obtinere nemo ambigit. Ego contrariam ſententiam ſemper pro-
babiliorem exiſtimaui. Nam præter id quod non poſſum mihi perſuadere
prudentes & Imperatores, quorum tot extant reſponſa ad actiones empti &
venditi pertinentia ius hoc prætermiſſuros fuiſſe ſi putaſſent, in actione ex
empto iurari in litem poſſe, video non eſſe verum generaliter & indiſtinctè
quod noſtris placet, in omnibus † bonæ fidei actionibus iurari in litem. Cõ- 2
ſtat enim non iurari in contrariis iudiciis depoſiti, commodati, mandati, &
aliis ſimilibus, *l.ei apud quem* 53.*in princip.*D.*depoſit.* vbi ratio redditur, quia
in iis non agitur de fide rupta, licèt non eo minùs ſint bonæ fidei, poſsintque
competere ex cauſſa doli. Dicat aliquis, huic rationi conſequens potiùs
videri vt in actione empti iurari debeat, quandoquidem rumpit proculdu-
bio fidem venditor qui rem quam vendidit tradere dolo malo recuſat cùm
ex natura contractus obligatus ſit ad tradendum. Sed reſpondeo quod de fide
rupta hìc dicimus non † ita accipiendum eſſe vt fidem rumpere videatur, 3
quiſquis non præſtat quod promiſit (alioqui etiam in contrariis iudiciis faci-
lè eueniret vt de fide rupta ageretur, & conſequenter, vt in iis quoque iura-
retur in litem, quod numquam fit) ſed vt fidem is demum rumpat, qui
rem alienam quam ex bonæ fidei contractu habet à domino, non vult ei
reſtituere, & quidem dolo malo cùm poſſit, aut ſi fecerit ne poſſit. Hoc ve-
rò non euenit in actione empti. Neque enim ſola venditio transfert do-
minium citra traditionem: nos autem eum caſum tractamus quo res vendi-
ta nondum ſit tradita, & quo agatur ad traditionem, aduerſus venditorem
tradere recuſantem. Quo caſu † dico non ad aliud condemnari venditorem 4

coſſe quantumuis dolus & procacia eius arguatur, quàm vt præſtet quanti *l.* mptor ſua intereſſe probauerit, vt diſertè ſcriptum eſt in *l.1. D.de act.empt.* *enſi traditio* 4. *C. eod.* Ergo non quanti emptor in litem iurauerit. Sunt
5 tiaim † hæc, vt ſæpiùs diximus in ſuperioribus, planè contraria & repugnanad, condemnari quem in id quod aduerſarij intereſt, & condemnari quanti *ſe* uerſarius in litem iurauerit. *lege qui reſtituere* 68. D. *de rei vindicat. lege* *e mper* .5.§.*hoc interdicto*.D.*quod vi aut clam.l.arbitrio* 18. §.1. D.*de dolo.* An rgo, inquies, liberabitur venditor præſtatione eius quod intereſt emptoris, nec cogetur præciſè rem tradere, tametſi habeat tradendi facultatem? Ita equidem viſum eſt iam olim Ioanni, quem cæteri ferè omnes interpretes ſecuti ſunt aduerſus Martinum qui magis probat vt venditor ad traditionem præciſè cogi poſſet. Sed nos *Coniecturarum lib.6.cap.*17. pro *Martino* contra *Ioannem* probauimus ex *Pauli ſententiis*, *Tit.* De *re iudicat.* conde-
6 mnari † debere vẽditorem vt rem tradat, ſi tradere commodè poſſit. At hoc ipſum non ita accipi volumus, vt præciſè & abſoluté cogatur venditor tradere (id enim vix eſt vt fieri poſſit ſine vi & impreſſione quã ſemper exoſam habet legiſlator) ſed vt ſub comminatione pœnæ iubeatur rem tradere, nec liberetur inuito emptore, ſola eius quod intereſt præſtatione: quomodo haud dubiè liberaretur ſi rem ipſam tradere iuberi non poſſet. Ita enim fit, vt non ſolùm id quod emptoris reuera intereſt; ſed etiam dolus venditoris æſtimetur officio & arbitrio iudicis, quod facere iudex percommodè poteſt etiam citra iuſiurandum. Iſque proculdubio ſenſus eſt *l.ſi cum fundum* 68. §.1. D.*de contrah. empt.* Exiſtimabam aliquando poſſe & emptori & iuris rationi ſatiſfieri, vt emptor omnimodo rem habeat citra vim & impreſſionem, inducto hoc remedio vt manu ſi opus ſit militari, res vendita auferatur ve ditori & in emptorem trãsferatur. Exemplo eius quod ſcriptum eſt in *d.l.qui reſtituere.* Sed nunc mihi ea ſententia non probatur, poſteaquàm comperi totam eam legem Triboniani eſſe non Vlpiani, vt ſcripſi *lib.*16. *Coniect. cap.*17. dicámque *Decade ſeq. cap.*5. Denique nulla lex eſt, nulla ratio quæ probet in actione ex empto iurari in litem. Quis ergo id probet quod neque legem vllam habeat, neque rationem?

ERROR OCTAVVS.

De iureiurando quod interpretes & pragmatici appellant, veritatis.

SVMMARIA.

1 Apud interpp. & pragmaticos duplex eſt iuſiurandum in litem, vnum adfectionis, alterum veritatis, & quid vtrumque ſit.

2 Vnicum tantùm eſſe iuſiurandum in litem, ſcilicet adfectionis, contra eoſd.

3 Iuſiurandum adfectionis quando locum habeat, & ob quam cauſam deferatur.

4 Quæ neceſſaria putent interpp. & pragmatici vt iuſiurandum veritatis deferri poſſit: & quantum illi à veritate aberrent.

5 Expoſitio l. in actionibus.5.§.planè. D.de in litem iurand. qua abutuntur interpretes.

6 Falſum eſſe illud, iurari quidem poſſe quam res extare deſiit, ſed tamen referri æſtimationem ad id tempus quo res extitit.

7 Res quæ non extat facilè æſtimari poteſt citra iuſiurandum, inſpecto eo tempore quo extitit.

2 Reuocatio

8 *Renocatio ſentẽtia in Cõiecturis propoſitu.*
9 *Ex præſenti tẽpore æſtimari non poteſt res quæ amplius non extat, ideóque tunc iuſiurandum eſt neceſſarium.*
10 *Cur Marcianus in d. §. planè requirat vt mora promiſſoris mortem Stichi præceſſerit.*
11 *Error Bartoli iuſiurandũ veritatis nonniſi ad præteriti temporis æſtimationem referendum putantis.*

QVANDO in tractatum hunc de in litem iurando incidimus, explodendus neceſſariò nobis eſt grauiſſimus error interpretum & pragmaticorum existimantium duplex eſſe iuſiurandũ † 1
in litem, adfectionis vnum, veritatis alterum. Iuſiurandum adfectionis appellant, per quod res æſtimatur ſupra quàm re vera ſit, propter adfectionem iurantis, cui locum eſſe volunt vno illo caſu quo per dolum poſſeſſoris res non reſtituatur in executione iudicati: veritatis verò per quod res æſtimatur non ex adfectione iurantis, ſed quanti re vera eſt cùm alioqui impoſſibilis aut difficilis eſt veræ æſtimationis probatio ſi ad impoſſibilitatem illam aut difficultatem accedat prætereà dolus illius aduerſus quẽ iuratur. Semper enim dolum interuenire volunt, vt iurari poſſit. Secuti Bartolum ita diſtinguentẽ ad *l. in actionibus* §. *D. de in lit. iurand.* Nos lõgè aliter, iuſiurandũ † in litẽ vnicum eſſe contendimus quod ſit adfectionis, nul- 2
lũ prorſus veritatis. Neque.n. fieri vllo caſu poteſt, vt legiſlator permittat actori iurare in litem, quin eius adfectioni indulgeat, & quidem ex neceſſitate iuris. i. quia non aliis caſibus in litẽ iurare conceditur quàm quibus fieri nequeat, vt aliter ſatisfiat aut iuris rationi, aut æquitati. De periurio autem eius qui ex iuris neceſſitate iurauit nõ facilè quæri ſolet, vt ait *lex vltima. Digeſt. eodem*, id eſt, niſi tã euidẽs ſit periurium vt nullo colore obtegi poſſit, quemadmodum ſi quis rem viginti dignã, mille aureis æſtimaret. De iureiurando, quod interpretes appellant adfectionis, iam ſatis multa ſcripſimus *in ſup. rioribus*, neque meo iudicio quiſquam dubitare poteſt ex iis quæ diximus, quin locũ † habeat quoties alienæ rei poſſeſſor, aut qui dolo deſiit poſſidere, domi- 3
no eam reddere recuſat, ſiue antè ſiue poſt condemnationẽ, ſiue bonæ fidei iudicio, ſiue arbitraria actione dominus experiatur ad rem ſuam repetẽdam, non etiá ſi alius quàm dominus agat. Deferendi namque iuriſiurandi ea præcipuè ratio eſt, quòd non ſit alicui permittendum vt alienam rem inuito domino retineat, aut vt dominum cogat ad rem ſuam iuſto pretio diſtrahendã, *l. tutor* 8. *D. eod. l. ſi filiofamilias* 25 1. *D. ſolut. matrim. l. non enim* 9. *D. rer. amot.* Quæ ratio nõ alio caſu locũ habet quàm quo dominus ille eſt qui agit, quantumuis maximè in dolo ſit is qui conuenitur. Idq; ex iis quæ in ſequentibus dicemus, clariùs apparebit. Nec rurſus quiſquam dixerit duas illas ſententias, quas interpretes putant ferri debere in actionib. arbitrariis, æquè ferri poſſe in actionib. bonæ fidei, in quib. tamen certũ eſt iurari in litẽ ſi à domino rem ſuam repoſcente, vt diximus, exerceantur. Non igitur verum eſſe poteſt quod illi aiunt iuſiurandum adfectionis non aliam ob cauſſam deferri poſſe, quàm propter dolum admiſſum in executione iudicati. Sic enim fieret vt ſecundam ſententiam ſemper ferri neceſſe eſſet, niſi fortè quis tam ſit imperitus vt negare velit ſententiam dici debere cù tanti reus condemnatur quanti actor in litem iurauerit. De iureiurando quod illi veritatis vocant, dicendum hic nobis eſt, & quidem breuiter. Scripſimus enim copioſiùs & ad nauſeam vſque *libro* 16. *Coniectur. cap.* 1. & 13 Duo † neceſſaria eſſe putãt inter- 4
pretes itémque pragmatici, ad hoc vt iuſiurandum hoc veritatis deferri poſ-

ſit: dolum ſcilicet aduerſarij & difficultatem probationis: in vtroque peccāt.
Nam neque dolus neceſſarius eſt, neque difficultas probationum ſufficit,
ſed meram & abſolutam impoſſibilitatem adeſſe oportet, vt huiuſmodi iuſ-
iurandum quod illi veritatis dicunt, deferri poſſit. Exemplum enim omnes
ſumunt ex *d.l.in actionib* *u* 5.*§.planè.de in lit.iur.* nec alium ſanè locū habent
5 ex quo aliud exemplū ſumere poſſint Ibi † verò Marcianus ſcribit in ſtrictis
quoque actionibus interdū iurari in litem, veluti inquit, ſi promiſſor Stichi
moram fecerit, & Stichus poſt eam moram deceſſerit, quia iudex ſine dela-
tione iuriſiurandi non poteſt æſtimare rem, quę non extat. Non ergo requi-
rit, vt promiſſor Stichi ſit in dolo, ſed tantùm vt moram fecerit, quę fieri vti-
que poteſt & verò fit plerumque etiam ſine dolo licèt non facilè ſine culpa.
Nec rurſus illam ſuæ ſententiæ rationē adfert quòd difficile ſit æſtimare rem
quæ nō extat, ſed quia fieri id nullomodo poſſit per iudicē ſine delatione iu-
riſiurandi. Non ergo difficultatem probationis intuetur ſed meram impoſ-
ſibilitatem. Si qua enim ratione fieri poſſet, vt ſine delatione iuriſiurandi
æſtimaretur res iam perempta, nihil ſanè cauſſæ eſſet cur in iudiciis ſtrictis
iuſiurandum in litem aduerſus iuris regulas deferri oporteret. Sed neceſ-
ſitas deferendi facit, vt ipſis quodammodo legibus hac parte vim fieri ne-
ceſſe ſit. Proinde ſi ſpeciale nomen huiuſmodi iuſiurandum mereretur, ne-
ceſſitatis dici deberet, non veritatis. Quænam enim vera eſſe poteſt æſti-
6 matio rei quæ ampliùs non extat? Dices fortaſſe † iurari quidem poſt-
quàm res extare deſiit, ſed tamen referri æſtimationem ad id tempus
quo res extitit, veràmque habuit æſtimationem. Sed non ita eſt: in eóque
omnes quotquot vnquam legere contigit interpretes, turpiter hallucinan-
7 tur. Quid enim facilius, quàm æſtimare † citra iuſiurandum rem quæ non
extat inſpecto eo tempore quo extitit? Exemplum eſto in actione legis A-
quiliæ, in qua homo occiſus æſtimatur quanti plurimi eo anno fuit, facta
retrorſum anni cōputatione *l.ait lex* 21.*& paſſ.*D.*ad leg.Aquil.*& tamen nul-
libi reperias in ea actione iurari in litem. Sunt enim iſta omnino repugnan-
tia, condemnari occiſorem ſerui quanti plurimi vnquam ſeruus fuerit, Et,
condemnari quanti dominus in litem iurauerit. Sic & in ſpecie *l.penult.* D.
*de cond.tr.tritic.*id eſt, cùm agitur de æſtimādo homine petito per condictio-
nem triticariam, & iam adiudicato ac poſt ſententiam mortuo, dicimus eam
æſtimationem deberi quę mortis tempore fuit, neque tamen ex ea cauſſa in
8 litem vllomodo iurari cōcedimus, quia nec neceſſe eſt: in quo † nos ipſi erra-
uimus *lib.6.Coniect.cap.17*. Quid enim poteſt intereſſe an res adhuc extet, an
perempta ſit ad ineundam prę̨teriti, non prę̨ſentis temporis æſtimationem?
Et ex eo nimirum apparet in eo caſu quem Marcianus tractat in *d.§.planè*, id
eſt, cùm homo ex ſtipulatu debitus perijt poſt moram promiſſoris, non prę-
teriti temporis æſtimationem deberi, ſed præſentem, id eſt, quæ tunc ſit cùm
9 agitur, ob idque neceſſarium eſſe iuſiurandum in litem, quia † fieri per rerum
naturam nullomodo poteſt vt ex præſenti tempore æſtimetur res quæ am-
pliùs non extat. Quæ tamen vt ex prę̨ſenti tempore æſtimari debeat, illud fa-
cit quod propter moram præcedentem extare adhuc creditur, licèt verè per-
empta ſit, ideóque & peti poteſt acſi extaret *l.ſi ſeruum* 91.*§.ſequitur. & §.vlt.*
de verb.obligat. Poteſt ius fingere rem extantem quæ re vera non extat vt ad-
huc debeatur ne interitu ſpeciei debitæ moroſus debitor liberetur, ſed non
poteſt illa iuris fictio efficere vt præſtari poſſit res quæ verè extare deſijt,
quia

quia obligatio iuris eſt, præſtatio autem & ſolutio facti *l.cõſilio 7.§.vlt.*D.*curat.furioſ.* Ius autem fingere poteſt circa ea quæ ſunt iuris non circa ea quæ ſunt facti *l.denique 19.ex quib.cauſ.maior.l.in bello* 12.§.*facti.*D.*de captiu.& poſt lim.reuerſ.* Itaque quòd res extare deſijt, impedire non poteſt quominus præſens æſtimatio debeatur, quia cùm pro extante habeatur, ſuccedit alia iuris regula quæ facit vt talem tantámque rem debitam præſtari oportcat, qualis quantáque eſt cùm petitur *l.2.*D.*de vſur.* Quanti verò tunc res ſit quæ re vera nulla amplius eſt, neque iudex neque probus quiſquam vir dicere vllo modo poſſit. Proinde iuriſiurandi in litem delatio neceſſaria eſt, & conſequenter iurantis adfectioni indulgere iudex vel inuitus cogitur, quoniam non niſi ex iurantis adfectione æſtimationem poteſt habere ea res, quæ re vera nullam habet. Ex quo intelligimus, cur† Marcianus in *dict.§.plane* requirat vt mo 10
ra promiſſoris mortem Stichi præceſſerit. Nempe quia ſi mora nulla præceſſiſſet, vtique promiſſor Stichi interitu eius liberaretur *l.ſi ex legati* 23.*De verborum obligat.* atque ita nullus de æſtimatione præſtanda quæſtioni locus relinqueretur, ſublata penitus obligatione. Quòd ſi fingeres aliquo caſu fieri poſſe vt citra moram perempto Sticho nihilominùs promiſſor maneret obligatus, non magis neceſſaria eſſet mora quàm dolus promiſſoris ad inducendam huiuſmodi iuriſiurandi delationem. Non enim propter moram defertur iuſiurandum, ſed propter ſolam impoſſibilitatem probationis. Mora autẽ ideò duntaxat exigitur vt poſt rem peremptam ſalua eſſe poſsit obligatio cuius poteſtate ad æſtimationem ineundam præſtandámque decurri oporteat. Et in eo rurſum euidenter errat† *Bartolus* qui iuſiurandum hoc ve- 11
ritatis non niſi ad præteriti temporis æſtimationem refert dum eſſe putat, cùm ex contrariò non aliam ob cauſam deferatur, quàm quia ſolam præſentis temporis æſtimationem, quæ re vera nulla eſt complectitur. Feſellit *Bartolum* quod in *l. numis* 3.*de in lit.iurand.* Vlpianus ſcribit, numis depoſitis non oportere iudicem iuſiurandum in litem deferre vt iuret quis quod ſua interfuit, cùm certa ſit numorum æſtimatio. Niſi fortè, inquit, de eo quis iuret quòd ſua interfuit numos ſua die redditos eſſe. Quid enim ſi ſub pœna pecuniam debuit aut ſub pignore, quod quia pecunia depoſita ei abnegata eſt, diſtractũ fuit? Locum enim illum accipit Bartolus de iureiurando veritatis: Sed omnino malè, vt ex iis quæ proximo capite dicturi ſumus, intelligetur.

ERROR NONVS.

De in litem iurando pro numis ſua die non ſolutis.

SVMMARIA.

1 *Depoſitis vel commodatis numis, ſi à depoſitario vel commodatario non reddantur, an iurari poſsit in litem.*

2 *Ratio pro affirmatiua.*

3 *Ratio decidendi qua docetur nõ poſſe iurari.*

4 *Nulla eſt ratio cur ex cauſa depoſitorum numorum iuretur in litem.*

5 *L. numis 3. D. de in litem iur. à Triboniano interpolatam eſſe.*

6 *Lapſus Accurſij in d. l. interpretatione.*

7 *Item Bartoli & aliorum qui iuſiurandum veritatis eſſe illud volunt, de quo in d. l. agitur.*

8 *Error Accurſij putantis in numis creditum permitti creditori iurari in litem.*

9 *Alius eiuſdem Accurſij lapſus in aſsignanda cauſa cur de numis depoſitis nõ iure-tur in litẽ.*

10 *Si verum eſſet pro depoſitis numis iurare poſſe in litem, tria fore neceſſaria.*

11 *Error Bartoli iuſiurandum veritatis ad præteritum tempus ſemper referentis.*

QVod diximus iuſiurandum in litem deferri ſolere, quoties
alienam rem quis inuito domino retinet, ſuadere vide-
1 tur vt depoſitis † vel commodatis numis ſi à depoſita-
rio vel commodatario non reddantur, iurari in litem poſ-
2 ſit. Perinde enim † ſit iniuria domino acſi ſpecies, non
pecunia depoſita vel commodata proponeretur: nec mi-
nùs agitur de fide rupta cùm pecuniæ æquè ac ſpeciei depoſitæ aut com-
modatæ dominium remaneat penes deponentem aut commodantem, &
conſequenter nihil cauſſæ eſt cur non æquè dolus vindicari debeat iureiu-
3 rando in litem permiſſo. Sed non ita eſt. Numorum † enim certa
eſt æſtimatio, nec proinde quicquam videri poteſt intereſſe eius qui de-
poſuit, aut commodauit vt hos vel illos numos habeat, quandoquidem
pecunia eſt ex earum rerum genere quæ inuicem recipiunt functio-
nem.

4 Nec ad rem pertinet † ſi quis obiiciat deferendi in litem iuriſiurandi hanc
potiſſimum rationem eſſe, ne alioqui eueniat vt dominus rem ſuam iu-
ſto pretio vendere compellatur, *l. non enim 9. D. rer. amot.* Quaſi non
ſit conſequens ob id ſolùm quòd certa ſit numorum æſtimatio iurari mi-
nùs oportere cùm prætereà dolus ſit vindicandus. Nam & cùm iuratur
in litem, inquies, non pluris res ſit per hoc, ſed contumacia æſtima-
tur vltra rei pretium, vt Iuriſconſ. ſcribit in *l. 1. & in tutor 8. De in
litem iurand.* Etenim reſpondeo multùm hac parte ſpeciem à pecunia
numerata differre. Species namque licèt ſuo vero iuſtóque pretio æ-
ſtimata, pretium tamen non eſt, ſed aliud quidpiam toto gene-
re à pretio ſeparatum: Ideóque nec negari poteſt, quin domini in-
terſit rem habere ſi id malit; potiùs quàm iuſtam rei æſtimationem:
Cur enim cogatur aliud pro alio accipere? Siquidem in eo diſtat ſpe-
cies à genere, quòd non ſicut genus recipit in ſuo genere functio-
nem. At nihil omnino intereſt eius qui pecuniam numeratam depo-
ſuit, vtrum hæc aut illa numorum corpora accipiat, ſi modò quæ
redduntur ſint eiuſdem generis, bonitatis & qualitatis, adeóque de-
fendi poteſt eam ipſam rem quæ debetur reddi, quamuis non eadem
ſint corpora numorum quæ depoſita fuerunt, nulla igitur ratio eſt cur
ex ea cauſſa deferri iuſiurandum oporteat, rectéque Vlpianus tractans
de numis depoſitis ex eo mouetur quòd certa ſit numorum æſtimatio.
Subiicit autem, *Niſi forte de eo quis iuret, quod ſua interfuit numos
ſibi ſua die redditos eſſe. Quid enim ſi ſub pœna pecuniam debuit, aut
ſub pignore, quod quia depoſita pecunia ei abnegata eſt, diſtractum
eſt?*

5 Ego † verò totum hunc verſiculum Triboniani non Vlpiani eſſe auſim dice-
re. Nam etſi ponas eum qui numos depoſuit certa die reddendos pecu-
niam debuiſſe ſub pœna, aut ſub pignore quod ob non factam ſolutio-
nem diſtractum fuerit, inferre tantùm ex eo poteſt deberi ei quanti ij ſius
intereſt, cùm alioqui ratione numorum ne quidem id quod intereſt vn-
quam debeatur. Sed ob id iurari in litem oportere, nullomodo certè
inferre poſſis: Neque enim neceſſe eſt cùm etiam citra iuſiurandum facilè
ſciri poſſit quanti actoris interſit, tanti ſcilicet quantum fuit in pœna ob
non ſolutam pecuniam commiſſa, aut quanti fuit pignus quod propter fa-
ctam

ctam in ſolutione ceſſationem diſtractum eſt. Cæterùm illud ſemper verum eſt ratione numorum nihil penitus intereſſe actoris an hæc aut illa numorū corpora accipiat, & conſequenter iuriſiurandi in litem deferendi cauſam nullam ſubeſſe. Quod & Accurſius ipſe præſenſit, qui etſi negare non potuit quod legis verba ferebant, iurari hoc caſu poſſe, negauit † tamen iurari in litem: in eo licèt apertiſſimè cæcutiens quod ab Vlpiano caute factum putat, vt in illis verbis *niſi fortè de eo quis iuret* non adiecerit *in litem*. Quaſi verò de alio iureiurando poſſint ea verba accipi quàm quòd ſit in litem: de quo tamen in proximè præcedentibus locutus fuerat. Et ſanè alterutrum neceſſariò fatendum eſt vt vel in litem vel nullomodo iuretur. Alij verò interpretes quos & idem Accurſius refert, & Bartolus † cæterique deinceps probarunt, cùm viderent nullam in numos adfectionem cadere poſſe, negarunt iuſiurandum hoc quod in litem eſſe fatentur, adfectionis eſſe: ſed dixerunt eſſe veritatis, quale illud de quo in *§. planè. l. in actionibus. de in lit. iur.* Adhuc ineptiùs. Nam ſi omne iuſiurandum in litem adfectionis eſt, vt ſuprà probauimus, conſequens fit vt quòd affectionis eſſe non poteſt, nullum omnino ſit. Illud enim de quo in *d. §. planè*, vt proximo capite dicebamus, licèt ex mera facti neceſſitate potiùs quàm ex iuris ratione cauſſam habeat, veritatis tamen iuſiurandum non eſt, ſed adfectionis, aut ſaltem, vt ita dixerim, neceſſitatis, quoniam ſine delatione iuriſiurandi nullomodo poteſt iudex æſtimare rem quæ non extat, quemadmodum eo loco Marcianus ſcribit. At non ſimiliter poſſis dicere iudicem apud quem agatur de numis depoſitis ſua die non reſtitutis, æſtimare non poſſe citra delationem iuriſiurandi quanti interſit eius qui numos depoſuit certo die reddendos ſi ſub pœna ad eum diem debuit pecuniam, aut ſub pignore, quod fuerit diſtractum. Poteſt enim facillimè id æſtimationem recipere ex quantitate pœnæ quæ ſemper eſt certa, itémque ex pignoris pretio ſiue illud accipias quod ex diſtractione redactum eſt, ſiue quod ex communi hominum æſtimatione maius & amplius conſtitui poſſit. Tractamus enim de pignore quod tùm etiam extet cùm agitur: ac proinde cuius æſtimandi impoſſibilitas nulla eſſe vnquam poteſt. Sed etſi poneres rem illam obligatam deſiiſſe extare, non idcirco tamen iurari in litem oporteret, quia cùm ad dictam diem ſatisfactum non eſt, non quanti nunc actoris interſit ſpectari oportet, ſed quanti interfuit ſua die ſatisfactum eſſe, vt & Tribonianus ipſe loquitur, relata ſcilicet æſtimatione eius quod intereſt ad tempus poſitum in obligatione, *l. ſi Calendis 11. Digeſt. de re iudicat.* Æſtimatio autem præteriti temporis quo rés extitit æquè facilis eſt etiam poſteaquam res extare deſiit, atque ſi adhuc extaret, neque iuſiurandum in litem neceſſarium eſt in eam rem, vt ſuprà diximus euenire in actione legis Aquiliæ, *l. at lex 21. Digeſt. ad legem aquiliam*, & in ſpecie *penultim. Digeſt. de condiction. tritica*r. Sed & quis vnquam obſecro audiit in numis deponendis eam adhiberi conuentionem vt certo die reddantur? Cùm creduntur, frequentiſſimus eſt & perneceſſarius vſus eiuſmodi conuentionis, quia ex mutuo transfertur numorum dominium in accipientem. At cùm ex cauſſa depoſiti neque dominium transferatur, neque poſſeſſio, ita vt neque conuenire poſſit vt tantundem reddatur, quoniam ea

rês egreditur notiſſimos depoſiti terminos quemadmodum ait Iureconſul-
tus in *l. Lucius* 24. *D. depoſit.* quænam ratio eſſe poteſt, propter quam de-
poſitarius præreptam deponenti velit repetendæ rei ſuæ facultatem ante cer-
8 tum diem? Illud verò multò etiam abſurdius eſt, quod idem † *Accurſius* ad *d.
l. numis* defendit, in numis creditis idem iuris eſſe quod in depoſitis, id eſt vt
ſi certo die reddi debuerint nec redditi ſint, permittatur creditori iurare de
eo quod ſua interfuit ſibi ſua die redditos fuiſſe. Nam cùm mutui contra-
ctus haud dubiè ſit ſtricti iuris, fieri numquã poteſt vt iuſiurandum in litem
admittat. Eſt enim generale & perpetuum vt in iudiciis ſtrictis numquã iu-
retur, excepto vno illo caſu de quo in *d. l. planè*, id eſt mera vrgente facti ne-
ceſſitate, quę porrò in propoſita ſpecie, vt docuimus nulla ſubeſſe poteſt. Fa-
teor ex mutuo tametſi contractus ſtrictus ſit poſſe creditorem petere quanti
ſua intefuit, ſi ad certam diem pecunia reddi debuit quæ non eſt reddita
(qui ſenſus eſt, *l.* 4. D. *de eo quod cert. loc.* qua vna in ſententiæ ſuæ confirma-
tionem Accurſius abutitur.) Sed nego ob eam cauſſam iurari in litem opor-
tere, quia neque iudicij natura id patitur nulla vrgente neceſſitate, neque
9 adfectio vlla in numos cadere poteſt. In eóque par fuit lapſus † Accurſij, &
Triboniani, exiſtimantium aliam rationem non eſſe propter quam de numis
depoſitis non iuretur in litem, quàm quia nihil interſit actoris, atque ita in-
ferentium à contrario ſenſu permittendum ergo illi eſſe vt iuret, ſi modò e-
ius interſit, quomodo intereſt proculdubiò cùm ad diem pecunia reddi de-
buit ei qui ad eandem diem debuit pecuniam ſub pœna, vel ſub pignore
quod diſtractum ſit. Animaduertere namque debuerunt poſſe hîc de eo
quod intereſt dupliciter tractari, aut de eo quod intereſt actoris hos aut
illos numos habere, aut de eo quod ipſius intereſt ſibi numos ſua die
redditos non fuiſſe. Poſteriore hoc modo intereſt ſanè actoris, ſed
non ſufficit ita intereſſe ad hoc vt iurari in litem poſſit. Alioqui di-
cendum eſſet, quoties agentis intereſſet iuriſiurando in litem locum fo-
re: quod tantùm abeſt vt verum ſit, (neque vero id quiſquam vnquam
dixit) vt è contrario non poſſis meliùs excludere iuſiurandum in li-
tem, quàm ſi dicas præſtari debere actori quanti ipſius intereſt: vt à
nobis in ſuperioribus ſatis ſuperque probatum eſt: Cur ergo, inquies,
de numis depoſitis tractat Vlpianus? Nimirum quia depoſiti iudicium
bonæ fidei eſt, in quo iurari ſolet, ſi ſpecies non pecunia debeatur *lege* 1.
§. in depoſiti. D. *depoſit.* Eáque dubitandi ratio erat, quæ in numis creditis
10 nulla fuiſſet. Cæterùm etiamſi verum † eſſet pro depoſitis numis iurari poſſe
in litem, tria tamen eſſent neceſſaria. Primùm vt numi depoſiti eſſent, aut
commodati aut ex aliquo huiuſmodi bonę fidei cõtractu debiti. Nam ſi cre-
diti aut per ſtipulationem promiſſi proponerentur, non idem probaretur.
Secundum, vt dominus numorum is eſſet qui iuſiurandum in litem ſibi de-
ferri poſtularet. Tertium, vt certo die reddi debuiſſent nec redditi fuiſſent, ita
vt ex ea cauſſa intereſſet actoris. Quod cùm accidit, id eſt cùm actoris inter-
eſt propter diei actionem, mirum non eſt ſi referatur iuſiurandum ad tem-
pus præteritum non ad præſens, quia ſicuti ſola temporis adiectio facit vt ra-
tione numorum debeatur id quod intereſt, quod alioqui non deberetur, ita
neceſſe eſt eius ſolius temporis haberi rationem in eo quod intereſt æſtimã-
11 do. Itaque nõ poteſt ex eo loco probari ſentẽtia † illa *Bartoli* de qua ſuperio-
re capite dicebamus, exiſtimantis iuſiurandum in litẽ quod ille veritatis ap-

pellat

pel'at propriam & perpetuam habere conditionem hanc vt ad præteritum tempus ſemper referatur, quod ſanè tam falſum eſt, quàm quod falſiſſimum.

ERROR DECIMVS.

De delatione iuriſiurandi quod appellant veritatis in iudicio bonæ fidei.

SVMMARIA.

1 Error pragmaticorum & interpretum putantium iuſiurandum veritatis in bonæ fidei iudiciis locum non habere.

3 Suppoſito dari iuſiurandum veritatis, falſam eſſe relatam ſententiam.

3. Nihil ad rem facere quod in iudicijs bonæ fidei tempus moræ ſpectetur, in ſtrictis tempus litis conteſtatæ.

4 Si poſt litem conteſtatam homo bonæ fidei contractu debitus pereat, an iuſiurandum in litem locum habeat.

IN eo quoq; pragmatici † & interpretes errāt, quòd exiſtimāt id 1
genus iuriſiurādi quod illi veritatis appellāt, in bonę fidei iudiciis locū nō habere, ſed tātum in ſtrictis. Eſto.n. † quod illi vo- 2
lunt & nos negamus iuſiurandum veritatis illud maximè eſſe, de quo Marcianus tractat in *l. actionibus 5. §. plane. de in lit. iur.* Dico & facti & iuris neceſſitatem facere vt perinde iurari oporteat in iudiciis bonę fidei atq; in ſtrictis, quoties res debita periit poſt morā debitoris ante litem conteſtatā: quia, vt lex ait, nō poteſt iudex ſine delatione iuriſiurandi ęſtimare rē, quę nō extat. Nā ſiue ex bonę fidei cōtractu, ſiue ex ſtricto quis conueniatur, certū eſt moram à debitore contractā efficere ne naturali interitu ſpeciei tollatur obligatio. Ea ſiquidē moræ poteſtas eſt ac multò magis in bonę fidei iudiciis quàm in ſtrictis, cùm in illis propter bonam fidem habeatur ratio morę ad augendas præſtationes acceſſionum nomine. In his verò non item, nec alio vllo caſu extra cauſſam perpetuandę obligationis vt à nobis in ſuperioribus ſuo loco diſputatum eſt. Inde verò fit vt quamuis Stichus poſt moram perierit qui fortè ex depoſito aut commodato debebatur, perinde tamen peti poſſit acſi adhuc extaret, quia & ex ſtipulatione, qui omnium ſtrictiſſimus cōtractus eſt, peti adhuc poſſet *l. ſi ſeruum 91. §. ſequitur. & §. vlt.* De *verb. oblig.* Atqui præſtari Stichus non poteſt qui re vera nullus eſt. Eius ergo æſtimatio vt præſtetur neceſſe eſt. Quænam verò æſtimatio? Præſens, quoniam ſi re vera extaret Stichus qui fictione iuris propter moram pro extante habetur, talis dari deberet qualis quantíque tum eſſet cùm peteretur *l. 2. D. de vſur. l. ſi Calendis* 11. D. *de re iudic.* At quis obſecro dicere poterit quāti nunc ſit res quæ re vera non extat quęque nulla eſt? Nemo ſanè. Igitur neceſſitas & iuris & facti eò adigit iudicem vel inuitum, vt cogatur deferre iuſiurandum actori rem ſuam pro arbitrio & ex affectione æſtimaturo, tametſi debitoris dolus nullus arguatur. Non enim coercendi doli gratia iuſiurandū hoc præſtatur: vt aliàs fieri ſolet cùm quis rem alienā poſſidet, aut dolo malo deſiit poſſidere, vt domino habendę eius facultatem eripiat, ſed quia nihil eſt, quòd meliùs & commodiùs ſtatui poſſit vt actori ſatisfiat. Neque verò quiſquam æquum putauerit, vt meliore conditione ſit is, qui poſt moram & propter moram conuenitur ex iudicio bonæ fidei re perempta, quàm ſi ex

ſtricto conueniretur. Dicat fortaſſe aliquis, Differentem eſſe hac parte rationem iudiciorum bonæ fidei & ſtricti iuris in eo, quod in iudiciis bonæ fidei ſi de ineunda rei debitæ æſtimatione quæratur, tempus moræ inſpiciendum eſt, non ſimiliter in ſtrictis *l.3.§.ſi per venditorem.D.de act.emp.* Proinde mortuo poſt moram homine qui ex bonæ fidei iudicio debetur, non eſſe neceſſe vt præſens æſtimatio præſtetur, in eámque rem iuretur in litem quemadmodum ſeruatur in ſtrictis, ſed eam æſtimationem deberi, præſtaríque poſſe quæ fuerit tempore moræ. Sed reſpondeo non ita eſſe. Etſi enim hoc plus eſt in iudiciis bonæ fidei quod in iis non litis conteſtatę tempus ſolum & præcise ſpectatur vt in ſtrictis, ſed etiam tempus moræ, tamen illud quoque verum eſt non vſque adeò pręciſè ſpectari tempus morę in iudiciis bonę fidei, quin etiam tempus litis conteſtatę inſpiciendum ſit ſi tùm ęſtimatio creuerit, adeóque tempus condemnationis vtro tempore res pluris fuit *d.§.ſi per venditorem* iunct. *l.3.§.in hac.* D. *commod.* Aliter enim poſito iure eueniret vt aucta poſt moram ęſtimatione in tempus vſque litis conteſtatę minus pręſtaret debitor ob id quòd bonę fidei iudicio conueniretur, quàm ſi ex ſtricto vrgeretur: quod prorſus alienum eſſet à bona fide. Itaque licèt hominis poſt moram perempti ęſtimatio facilè iniri poſſit ſine delatione iuriſiurandi inſpecto tempore moræ, quia tamen potuit ille pluris nunc eſſe ſi peremptus non fuiſſet, nulla ratio eſt cur rogatur actor contentus eſſe ea æſtimatione quæ morę tempore fuit, ne ei noceat quòd in eius fauorem ſola bonæ fidei magis quàm iuris ratione conſtitutum eſt. Eſt enim generalis & ad omnia ſiue bonę fidei ſiue ſtricti iuris iudicia pertinens ratio illa quę in ęſtimatione ineunda ſpectari vult tempus litis conteſtatę, quòd quale quid eſt cùm petitur, tale dari debeat *d.l.2.*D.*de vſur.*& ęſtimandum quidque ſit ex eo tempore quo nouiſſimè ſolui potuit *d.l.ſi Calendis 11.* D. *de re iud.* quod tempus in omni iudiciorum genere non aliud eſt quàm litis conteſtatę: Tametſi bona fides faciat vt non minùs inſpiciendum ſit tempus moræ, ſi tum pluris res fuit, quia quod ad bonam fidem attinet nihil prorſus intereſt an apud prętorem & per litis conteſtationem, an per extraiudicialem interpellationem quid petatur. Neque enim iudicia in eos comparata ſunt qui bonam fidem agnoſcere & ſine iudice ſoluere parati ſunt, ſed aduerſus moroſos tantùm & contumaces. Quid ergo ſi † poſt litem conteſtatam homo ex bonę fidei contractu debitus perierit? An iuſiurandum in litem ęquè locum habebit? Addo *ex bonę fidei contractu*, quia ſi ſtricti iuris contractus eſſet, dubitationem res non haberet quin iurandi neceſſitas nulla ſubeſſet, cùm ex tempore litis conteſtatę æſtimari homo commodè poſſet, non ſecus acſi adhuc extaret. Nemo ſiquidem dixerit poſſe aut debere ęſtimationem eius creſcere poſt mortem cùm nec ſi viueret, creſcere tamen poſſet. At cum bonæ fidei contractus eſt, dubitatio ex eo naſcitur, quòd ſi homo extaret creſcere poſſet eius æſtimatio à die litis conteſtatę in diem vſque condemnationis *d. l. 3. §. ſi per venditorem.l.ſi ſterilis 21.§.cum per venditorem.de action. empt. dict.l. 3.§.in hac.*D.*commod.* Proinde videtur deberi præſens ęſtimatio non aliter quàm ſi homo poſt moram ante litem conteſtatam deceſſiſſet: Et conſequenter fatendum eſt iurari in litem poſſe, quia ſine iuriſiurandi delatione præſens illa rei non extantis æſtimatio ſciri nullomodo poteſt. Verùm propiùs intuenti ſunt iſta longè diſſimilia. Quod enim rei debitę ęſtimatio creſcit in bonę fidei iudiciis à die morę in diem vſque litis conteſtatę, fit ex mera iuris ratione,

tione, quæ, vt toties diximus, litis conteſtatæ tempus præciſè & indiſtinctè ſpectari vult, niſi cũ iudicij qualitas & natura patitur vt ex bona fide præcedentis quoque aut ſequentis temporis rationem haberi oporteat. Quod autem creſcit etiam æſtimatio à lite conteſtata, ſi tempore condemnationis homo pluris ſit cùm bonæ fidei iudicium exercetur, ſit ex ſola bona fide, non ex iuris ratione: bona autem fides elicere nõ poteſt vt rei quæ extare deſiit creſcere pòſſit æſtimatio, quæ nec reuera vlla eſt, tantum abeſt, vt ſit incrementi capax. Igitur cùm ſatisfiat iuris rationi præſtita æſtimatione quæ fuit tẽpore litis conteſtatæ, licèt potuerit ea æſtimatio maior eſſe tempore rei indicandæ ſi homo ille non periiſſet, nihil tamen cauſſæ eſt cur alia æſtimatio quærenda ſit ex præſenti tempore ineunda, ideóque nec neceſſe eſt iuſiurandum in litem deferri, vt pluribus docuimus *lib. 16. Coniect. cap. 13.* Ex quo loco peti poterunt alia pleraque ad tractatum hunc pertinentia. Nobis enim nunc ſatis eſt pragmaticorum & interpretum omnium errorem indicaſſe, propoſita interpretation *& dict. §. planè. l. in actionibus. De in lit. iurand.* cuius ſententiam à nemine hucuſque perceptam eſſe auſim ego adfirmare: Quam nec nos ipſi benè percepimus *lib. 6. Coniectur. cap. 17.*

ANTONII FABRI I C.

DECAS DECIMAOCTAVA.

ERROR PRIMVS.

De in litem iurando in actione hypothecaria.

SVMMARIA.

1 *Diſtinctio quam interpretes & pragmatici adferunt ad quæſtionem. An in hypothecaria iuretur in litem.*

2 *Diſtinctionis interpp. refutatio ex eo ducta quòd nulla æquitas, aut iuris neceſſitas facit vt in hypothecaria iuretur in litem.*

3 *Exponitur l. ſi inter 21. §. vlt. D. de pignorib.*

4 *L. ſi fundus. 16. §. in vindicatione D. de pignorib. à Triboniano interpolatam eſſe.*

5 *Item l. qui reſtituere. 67. D. de rei vindicat.*

CVM quæritur an in actione hypothecaria iuretur in litem, ſo- 1
lent interpretes & pragmatici diſtinguere an contra debitorem ipſum, an cõtra tertium poſſeſſorem ea actio inſtituatur. Poſteriore caſu volunt iurari in litem ex *l. ſi fũdus 16. §. in vindicatione. D. de pignor.* Priore verò non item ex *l. ſi inter 21. §. vlt. eod. tit.* Sic enim hos locos quaſi inuicem alioqui pugnaturos conciliant, moti ex eo quod in *d. §. vlt.* ſcriptum eſt aliter litem æſtimandam eſſe cùm hypothecaria exercetur contra debitorem, aliter cùm aduerſus tertium poſſeſſorem. Aduerſus debitorem, inquit Vlpianus, tan-

eoſſe quantumuis dolus & procacia eius arguatur, quàm vt præſtet quanti *l.* mptor ſua intereſſe probauerit, vt diſertè ſcriptum eſt in *l.*1. *D. de act. empt.* *enſi traditio* 4. *C. eod.* Ergo non quanti emptor in litem iurauerit. Sunt
5 tiaim † hæc,vt ſæpiùs diximus in ſuperioribus,planè contraria & repugnanad, condemnari quem in id quod aduerſarij intereſt, & condemnari quanti *ſe* uerſarius in litem iurauerit. *lege qui reſtituere* 68. D. *de rei vindicat. lege* *c mper* .5.§.*hoc interdicto*.D.*quod vi aut clam.l.arbitrio* 18. §.1. D.*de dolo*. An rgo, inquies, liberabitur venditor præſtatione eius quod intereſt emptoris, nec cogetur præciſè rem tradere, tametſi habeat tradendi facultatem? Ita equidem viſum eſt iam olim Ioanni, quem cæteri ferè omnes interpretes ſecuti ſunt aduerſus Martinum qui magis probat vt venditor ad traditionem præciſè cogi poſſet. Sed nos *Coniecturarum lib.*6.*cap.*17.pro *Martino* contra *Ioannem* probauimus ex *Pauli ſententiis*, *Tit. De re iudicat.* conde-
6 mnari † debere vẽditorem vt rem tradat,ſi tradere commodè poſſit. At hoc ipſum non ita accipi volumus, vt præciſè & abſolutè cogatur venditor tradere (id enim vix eſt vt fieri poſſit ſine vi & impreſſione quã ſemper exoſam habet legiſlator) ſed vt ſub comminatione pœnæ iubeatur rem tradere, nec liberetur inuito emptore,ſola eius quod intereſt præſtatione: quomodo haud dubiè liberaretur ſi rem ipſam tradere iuberi non poſſet. Ita enim fit,vt non ſolùm id quod emptoris reuera intereſt, ſed etiam dolus venditoris æſtimetur officio & arbitrio iudicis, quod facere iudex percommodè poteſt etiam citra iuſiurandum. Iſque proculdubio ſenſus eſt *l. ſi cum fundum* 68. §. 1. D.*de contrah. empt.* Exiſtimabam aliquando poſſe & emptori & iuris rationi ſatiſfieri, vt emptor omnimodo rem habeat citra vim & impreſſionem, inducto hoc remedio vt manu ſi opus ſit militari, res vendita auferatur ve ditori & in emptorem transferatur. Exemplo eius quod ſcriptum eſt in *d.l. qui reſtituere*. Sed nunc mihi ea ſententia non probatur, poſteaquàm comperi totam eam legem Triboniani eſſe non Vlpiani,vt ſcripſi *lib.*16. *Coniect. cap.*17. dicámque *Decade ſeq. cap.* 5. Denique nulla lex eſt, nulla ratio quæ probet in actione ex empto iurari in litem. Quis ergo id probet quod neque legem vllam habeat,neque rationem?

ERROR OCTAVVS.

De iureiurando quod interpretes & pragmatici appellant, veritatis.

SVMMARIA.

1 Apud interpp. & pragmaticos duplex eſt iuſiurandum in litem, vnum adfectionis, alterum veritatis, & quid vtrumque ſit.

2 Vnicum tantùm eſſe iuſiurandum in litem, ſcilicet adfectionis, contra eoſd.

3 Iuſiurandum adfectionis quando locum habeat, & ob quam cauſam deferatur.

4 Quã neceſſaria putent interpp. & pragmatici vt iuſiurandum veritatis deferri poſſit: & quantum illi à veritate aberrent.

5 Expoſitio l. in actionibus.5.§.planè. D. de in litem iurand. quã abutuntur interpretes.

6 Falſum eſſe illud, iurari quidem poſſe quãdo res extare deſiit, ſed tamen referri æſtimationem ad id tempus quo res extitit.

7. Res quæ non extat facilè æſtimari poteſt citra iuſiurandum, inſpecto eo tempore quo extitit.

8 *Reuocatio ſentẽtiæ in Cõiecturis propoſitæ.*
9 *Ex præſenti tẽpore æſtimari non poteſt res quæ amplius non extat, ideóque tunc iuſiurandum eſt neceſſarium.*
10 *Cur Marcianus in d. §. planè requirat vt mora promiſſoris mortem Stichi præceſſerit.*
11 *Error Bartoli iuſiurandũ veritatis nonniſi ad præteriti temporis æſtimationem referendum putantis.*

QVANDO in tractatum hunc de in litem iurando incidimus,
explodendus neceſſariò nobis eſt grauiſſimus error interpre-
tum & pragmaticorum exiſtimantium duplex eſſe iuſiurandũ † 1
in litem, adfectionis vnum, veritatis alterum. Iuſiurandum ad-
fectionis appellant, per quod res æſtimatur ſupra quàm re vera ſit, propter
adfectionem iurantis, cui locum eſſe volunt vno illo caſu quo per dolum
poſſeſſoris res non reſtituatur in executione iudicati: veritatis verò per
quod res æſtimatur non ex adfectione iurantis, ſed quanti re vera eſt cùm
alioqui impoſſibilis aut difficilis eſt veræ æſtimationis probatio ſi ad impoſ-
ſibilitatem illam aut difficultatem accedat præterea dolus illius aduerſus quẽ
iuratur. Semper enim dolum interuenire volunt, vt iurari poſſit. Secu-
ti Bartolum ita diſtinguentẽ ad *l. in actionibus* 5. D. *de in lit. iurand.* Nos lõgè
aliter, iuſiurandũ † in litẽ vnicum eſſe contendimus quod ſit adfectionis, nul- 2
lũ prorſus veritatis. Neque.n. fieri vllo caſu poteſt, vt legiſlator permittat a-
ctori iurare in litem, quin eius adfectioni indulgeat, & quidem ex neceſſitate
iuris. i. quia non aliis caſibus in litẽ iurare conceditur quàm quibus fieri ne-
queat, vt aliter ſatisfiat aut iuris rationi, aut æquitati. De periurio autem eius
qui ex iuris neceſſitate iurauit nõ facilè quæri ſolet, vt ait *lex vltima.* Digeſt.
eodem, id eſt, niſi tã euidẽs ſit periurium vt nullo colore obtegi poſſit, quem-
admodum ſi quis rem viginti dignã, mille aureis æſtimaret. De iureiurando,
quod interpretes appellant adfectionis, iam ſatis multa ſcripſimus *in ſuperioribus*, neque meo iudicio quiſquam dubitare poteſt ex iis quæ diximus, quin
locũ † habeat quoties alienæ rei poſſeſſor, aut qui dolo deſiit poſſidere, domi- 3
no eam reddere recuſat, ſiue antè ſiue poſt condemnationẽ, ſiue bonæ fidei
iudicio, ſiue arbitraria actione dominus experiatur ad rem ſuam repetẽdam,
non etiã ſi alius quàm dominus agat. Deferendi namque iuriſiurandi ea præ-
cipuè ratio eſt, quòd non ſit alicui permittendum vt alienam rem inuito do-
mino retineat, aut vt dominum cogat ad rem ſuam iuſto pretio diſtrahendã,
l. tutor 8. D. *eod. l. ſi filiofamilias* 25. 1. D. *ſolut. matrim. l. non enim* 9. D. *rer. amot.*
Quæ ratio nõ alio caſu locũ habet quàm quo dominus ille eſt qui agit, quan-
tumuis maximè in dolo ſit is qui conuenitur. Idq; ex iis quæ in ſequentibus
dicemus, clariùs apparebit. Nec rurſus quiſquam dixerit duas illas ſententias,
quas interpretes putant ferri debere in actionib. arbitrariis, æquè ferri poſſe
in actionib. bonæ fidei, in quib. tamen certũ eſt iurari in litẽ ſi à domino rem
ſuam repoſcente, vt diximus, exerceantur. Non igitur verum eſſe poteſt quod
illi aiunt iuſiurandum adfectionis non aliam ob cauſſam deferri poſſe, quàm
propter dolum admiſſum in executione iudicati. Sic enim fieret vt ſecun-
dam ſententiam ſemper ferri neceſſe eſſet, niſi fortè quis tam ſit imperitus
vt negare velit ſententiam dici debere cũ tanti reus condemnatur quan-
ti actor in litem iurauerit. De iureiurando quod illi veritatis vocant, dicen-
dum hic nobis eſt, & quidem breuiter. Scripſimus enim copioſiùs & ad
nauſeam vſque *libro* 16. *Coniectur. cap.* 1. *&* 13. Duo † neceſſaria eſſe putãt inter- 4
pretes itémque pragmatici, ad hoc vt iuſiurandum hoc veritatis deferri poſ-

ſit: dolum ſcilicet aduerſarij & difficultatem probationis: in vtroque peccat.
Nam neque dolus neceſſarius eſt, neque difficultas probationum ſufficit,
ſed meram & abſolutam impoſſibilitatem adeſſe oportet, vt huiuſmodi iuſ-
iurandum quod illi veritatis dicunt, deferri poſſit. Exemplum enim omnes
ſumunt ex *d.l.in actionibus 5.§.planè.de in lit.iur.* nec alium ſanè locũ habent
5 ex quo aliud exemplũ ſumere poſſint Ibi †verò Marcianus ſcribit in ſtrictis
quoque actionibus interdũ iurari in litem, veluti inquit, ſi promiſſor Stichi
moram fecerit, & Stichus poſt eam moram deceſſerit, quia iudex ſine dela-
tione iuriſiurandi non poteſt æſtimare rem, quę non extat. Non ergo requi-
rit, vt promiſſor Stichi ſit in dolo, ſed tantùm vt moram fecerit, quę fieri vti-
que poteſt & verò fit plerumque etiam ſine dolo licèt non facilè ſine culpa.
Nec rurſus illam ſuæ ſententiæ rationẽ adfert quòd difficile ſit æſtimare rem
quæ nõ extat, ſed quia fieri id nullomodo poſſit per iudicẽ ſine delatione iu-
riſiurandi. Non ergo difficultatem probationis intuetur ſed meram impoſ-
ſibilitatem. Si qua enim ratione fieri poſſet, vt ſine delatione iuriſiurandi
æſtimaretur res iam perempta, nihil ſanè cauſſæ eſſet cur in iudiciis ſtrictis
iuſiurandum in litem aduerſus iuris regulas deferri oporteret. Sed neceſ-
ſitas deferendi facit, vt ipſis quodammodo legibus hac parte vim fieri ne-
ceſſe ſit. Proinde ſi ſpeciale nomen huiuſmodi iuſiurandum mereretur, ne-
ceſſitatis dici deberet, non veritatis. Quænam enim vera eſſe poteſt æſti-
6 matio rei quæ ampliùs non extat? Dices fortaſſe † iurari quidem poſt-
quàm res extare deſiit, ſed tamen referri æſtimationem ad id tempus
quo res extitit, veràmque habuit æſtimationem. Sed non ita eſt: in eóque
omnes quotquot vnquàm legere contigit interpretes, turpiter hallucinan-
7 tur. Quid enim facilius, quàm æſtimare † citra iuſiurandum rem quæ non
extat inſpectò eo tempore quo extitit? Exemplum eſto in actione legis A-
quiliæ, in qua homo occiſus æſtimatur quanti plurimi eo anno fuit, facta
retrorſum anni cõputatione *l.ait lex 21.& paſſ.D.ad leg.Aquil.*& tamen nul-
libi reperias in ea actione iurari in litem. Sunt enim iſta omnino repugnan-
tia, condemnari occiſorem ſerui quanti plurimi vnquam ſeruus fuerit, Et,
condemnari quanti dominus in litem iurauerit. Sic & in ſpecie *l.penult.* D.
*de cond.tritic.*id eſt, cùm agitur de æſtimãdo homine petito per condictio-
nem triticariam, & iam adiudicato ac poſt ſententiam mortuo, dicimus eam
æſtimationem deberi quę mortis tempore fuit, neque tamen ex ea cauſſa in
8 litem vllomodo iurari cõcedimus, quia nec neceſſe eſt: in quo †nos ipſi erra-
uimus *lib.6.Coniect.cap.17*. Quid enim poteſt intereſſe an res adhuc extet, an
perempta ſit ad ineundam pręteriti, non pręſentis temporis æſtimationem?
Et ex eo nimirum apparet in eo caſu quem Marcianus tractat in *d.§.planè*, id
eſt, cùm homo ex ſtipulatu debitus perijt poſt moram promiſſoris, non prę-
teriti temporis æſtimationem deberi, ſed præſentem, id eſt, quæ tunc ſit cùm
9 agitur, ob idque neceſſarium eſſe iuſiurandum in litem, quia †fieri per rerum
naturam nullomodo poteſt vt ex præſenti tempore æſtimetur res quæ am-
pliùs non extat. Quæ tamen vt ex pręſenti tempore æſtimari debeat, illud fa-
cit quod propter moram præcedentem extare adhuc creditur, licèt verè per-
empta ſit, ideóque & peti poteſt acſi extaret *l.ſi ſeruum 91.§.ſequitur. & §.ult.*
de verb.obligat. Poteſt ius fingere rem extantem quæ re verà non extat vt ad-
huc debeatur ne interitu ſpeciei debitæ moroſus debitor liberetur, ſed non
poteſt illa iuris fictio efficere vt præſtari poſſit res quæ verè extare deſijt,
quia

quia obligatio iuris eſt, præſtatio autem & ſolutio facti *l. cõſilio 7. §. vlt. D. curat. furioſ.* Ius autem fingere poteſt circa ea quæ ſunt iuris non circa ea quæ ſunt facti *l. denique 19. ex quib. cauſ. maior. l. in bello 12. § facti. D. de captiu. & poſt lim. reuerſ.* Itaque quòd res extare deſijt, impedire non poteſt quominus præſens æſtimatio debeatur, quia cùm pro extante habeatur, ſuccedit alia iuris regula quæ facit vt talem tantámque rem debitam præſtari oporteat, qualis quantáque eſt cùm petitur *l. 2. D. de vſur.* Quanti verò tunc res ſit quæ re vera nulla amplius eſt, neque iudex neque probus quiſquam vir dicere vllo modo poſſit. Proinde iuriſiurandi in litem delatio neceſſaria eſt, & conſequenter iurantis adfectioni indulgere iudex vel inuitus cogitur, quoniam non niſi ex iurantis adfectione æſtimationem poteſt habere ea res, quæ re vera nullam habet. Ex quo intelligimus, cur† Marcianus in *dict. §. plane* requirat vt mora promiſſoris mortem Stichi præceſſerit. Nempe quia ſi mora nulla præceſſiſſet, vtique promiſſor Stichi interitu eius liberaretur *l. ſi ex legati 23. De verborum obligat.* atque ita nullus de æſtimatione præſtanda quæſtioni locus relinqueretur, ſublata penitus obligatione. Quòd ſi fingeres aliquo caſu fieri poſſe vt citra moram perempto Sticho nihilominùs promiſſor maneret obligatus, non magis neceſſaria eſſet mora quàm dolus promiſſoris ad inducendam huiuſmodi iuriſiurandi delationem. Non enim propter moram defertur iuſiurandum, ſed propter ſolam impoſſibilitatem probationis. Mora autẽ ideò duntaxat exigitur vt poſt rem peremptam ſalua eſſe poſſit obligatio cuius poteſtate ad æſtimationem incundam præſtandámque decurri oporteat. Et in eo rurſum euidenter errat† *Bartolus* qui iuſiurandum hoc veritatis non niſi ad præteriti temporis æſtimationem refere: dum eſſe putat, cùm ex contrariò non aliam ob cauſam deferatur, quàm quia ſolam præſentis temporis æſtimationem, quæ re vera nulla eſt complectitur. Fefellit *Bartolum* quòd in *l. numis 3. de in lit. iurand.* Vlpianus ſcribit, numis depoſitis non oportere iudicem iuſiurandum in litem deferre vt iuret quis quod ſua interfuit, cùm certa ſit numorum æſtimatio. Niſi fortè, inquit, de eo quis iuret quòd ſua interfuit numos ſua die redditos eſſe. Quid enim ſi ſub pœna pecuniam debuit aut ſub pignore, quod quia pecunia depoſita ei abnegata eſt, diſtractũ fuit? Locum enim illum accipit Bartolus de iureiurando veritatis: Sed omnino malè, vt ex iis quæ proximo capite dicturi ſumus, intelligetur.

(margin: 10 beside "ra promiſſoris mortem Stichi præceſſerit"; 11 beside "ritatis non niſi ad præteriti temporis")

ERROR NONVS.

De in litem iurando pro numis ſua die non ſolutis.

SVMMARIA.

1 *Depoſitis vel commodatis numis, ſi à depoſitario vel commodatario non reddantur, an iurari poſſit in litem.*

2 *Ratio pro affirmatiua.*

3 *Ratio decidendi qua docetur nõ poſſe iurari.*

4 *Nulla eſt ratio cur ex cauſa depoſitorum numorum iuretur in litem.*

5 *L. numis 3. D. de in litem iur. à Triboniano interpolatam eſſe.*

6 *Lapſus Accurſij in d. l. interpretatione.*

7 *Item Bartoli & aliorum qui iuſiurandum veritatis eſſe illud volunt, de quo in d. l. agitur.*

8 *Error Accurſij putantis in numis creditis permitti creditori iurari in litem.*

9 *Alius eiuſdem Accurſij lapſus in aſſignanda cauſa cur de numis depoſitis nõ iure ur in litẽ.*

10 *Si verum eſſet pro depoſitis numis iurare poſſe in litem, irrita fore neceſſaria.*

11 *Error Bartoli iuſiurandum veritatis ad præteritum tempus ſemper referentis.*

Digitized by Google

QVOD diximus iuſiurandum in litem deferri ſolere, quoties
alienam rem quis inuito domino retinet, ſuadere vide-
1 tur vt depoſitis † vel commodatis numis ſi à depoſita-
rio vel commodatario non reddantur, iurari in litem poſ-
2 ſit. Perinde enim † fit iniuria domino acſi ſpecies, non
pecunia depoſita vel commodata proponeretur: nec mi-
nùs agitur de fide rupta cùm pecuniæ æquè ac ſpeciei depoſitæ aut com-
modatæ dominium remaneat penes deponentem aut commodantem, &
conſequenter nihil cauſſæ eſt cur non æquè dolus vindicari debeat iureiu-
3 rando in litem permiſſo. Sed non ita eſt. Numorum † enim certa
eſt æſtimatio, nec proinde quicquam videri poteſt intereſſe eius qui de-
poſuit, aut commodauit vt hos vel illos numos habeat, quandoquidem
pecunia eſt ex earum rerum genere quæ inuicem recipiunt functio-
nem.

4 Nec ad rem pertinet † ſi quis obiiciat deferendi in litem iuriſiurandi hanc
potiſſimum rationem eſſe, ne alioqui eueniat vt dominus rem ſuam iu-
ſto pretio vendere compellatur, *l. non enim* 9. *D. rer. amot.* Quaſi non
ſit conſequens ob id ſolùm quòd certa ſit numorum æſtimatio iurari mi-
nùs oportere cùm præterea dolus ſit vindicandus. Nam & cùm iuratur
in litem, inquies, non pluris res ſit per hoc, ſed contumacia æſtima-
tur vltra rei pretium, vt Iuriſconſ. ſcribit in *l.* 1. *& in tutor* 8. *De in
litem iurand.* Etenim reſpondeo multùm hac parte ſpeciem à pecunia
numerata differre. Species namque licèt ſuo vero iuſtóque pretio æ-
ſtimata, pretium tamen non eſt, ſed aliud quidpiam toto gene-
re à pretio ſeparatum: Ideóque nec negari poteſt, quin domini in-
terſit rem habere ſi id malit, potiùs quàm iuſtam rei æſtimationem:
Cur enim cogatur aliud pro alio accipere? Siquidem in eo diſtat ſpe-
cies à genere, quòd non ſicut genus recipit in ſuo genere functio-
nem. At nihil omnino intereſt eius qui pecuniam numeratam depo-
ſuit, vtrum hæc aut illa numorum corpora accipiat, ſi modò quæ
redduntur ſint eiuſdem generis, bonitatis & qualitatis, adeóque de-
fendi poteſt eam ipſam rem quæ debetur reddi, quamuis non eadem
ſint corpora numorum quæ depoſita fuerunt, nulla igitur ratio eſt cur
ex ea cauſſa deferri iuſiurandum oporteat, rectéque Vlpianus tractans
de numis depoſitis ex eo mouetur quòd certa ſit numorum æſtimatio.
Subiicit autem, *Niſi forte de eo quis iuret, quod ſua interfuit numos
ſibi ſua die redditos eſſe. Quid enim ſi ſub pœna pecuniam debuit, aut
ſub pignore, quod quia depoſita pecunia ei abnegata eſt, diſtractum
eſt?*

5 Ego † verò totum hunc verſiculum Triboniani non Vlpiani eſſe auſim dice-
re. Nam etſi ponas eum qui numos depoſuit certa die reddendos pecu-
niam debuiſſe ſub pœna, aut ſub pignore quod ob non factam ſolutio-
nem diſtractum fuerit, inferre tantùm ex eo poteſt deberi ei quanti ij ſius
intereſt, cùm alioqui ratione numorum ne quidem id quod intereſt vn-
quam debeatur. Sed ob id iurari in litem oportere, nullomodo certè
inferre poſſis: Neque enim neceſſe eſt cùm etiam citra iuſiurandum facilè
ſciri poſſit quanti actoris interſit, tanti ſcilicet quantum fuit in pœna ob
non ſolutam pecuniam commiſſa, aut quanti fuit pignus quod propter fa-
ctum

Digitized by Google

ctam in ſolutione ceſſationem diſtractum eſt. Cæterùm illud ſemper verum
eſt ratione numorum nihil penitus intereſſe actoris an hæc aut illa numorũ
corpora accipiat, & conſequenter iuriſiurandi in litem deferendi cauſam
nullam ſubeſſe. Quod & Accurſius ipſe præſenſit, qui etſi negare non potuit
quod legis verba ferebant, iurari hoc caſu poſſe, negauit † tamen iurari in li- 6.
tem: in eo licèt apertiſſimè cæcutiens quod ab Vlpiano cautè factum putat,
vt in illis verbis *niſi fortè de eo quis iuret* non adiecerit *in litem*. Quaſi verò de
alio iureiurando poſſint ea verba accipi quàm quòd ſit in litem: de quo ta-
men in proximè præcedentibus locutus fuerat. Et ſanè alterutrum neceſſa-
riò fatendum eſt vt vel in litem vel nullomodo iuretur. Alij verò interpretes
quos & idem Accurſius refert, & Bartolus † cæterique deinceps probarunt,
cùm viderent nullam in numos adfectionem cadere poſſe, negarunt iuſiu- 7
randum hoc quod in litem eſſe fatentur, adfectionis eſſe: ſed dixerunt
eſſe veritatis, quale illud de quo in *§. planè. l. in actionibus. de in lit. iur.*
Adhuc ineptiùs. Nam ſi omne iuſiurandum in litem adfectionis eſt, vt
ſuprà probauimus, conſequens fit vt quòd affectionis eſſe non poteſt, nul-
lum omnino ſit. Illud enim de quo in *d. §. planè*, vt proximo capite di-
cebamus, licèt ex mera facti neceſſitate potiùs quàm ex iuris ratione cauſ-
ſam habeat; veritatis tamen iuſiurandum non eſt, ſed adfectionis, aut ſal-
tem, vt ita dixerim, neceſſitatis, quoniam ſine delatione iuriſiurandi nullo-
modo poteſt iudex æſtimare rem quæ non extat, quemadmodum eo loco
Marcianus ſcribit. At non ſimiliter poſſis dicere iudicem apud quem agatur
de numis depoſitis ſua die non reſtitutis, æſtimare non poſſe citra delationem
iuriſiurandi quanti interſit eius qui numos depoſuit certo die reddendos
ſi ſub pœna ad eam diem debuit pecuniam, aut ſub pignore, quod fuerit di-
ſtractum. Poteſt enim facillimè id æſtimationem recipere ex quantitate pœ-
næ quæ ſemper eſt certa, itémque ex pignoris pretio ſiue illud accipias
quod ex diſtractione redactum eſt, ſiue quod ex communi hominum æſti-
matione maius & amplius conſtitui poſſit. Tractamus enim de pi-
gnore quod tùm etiam extet cùm agitur: ac proinde cuius æſtimandi
impoſſibilitas nulla eſſe vnquam poteſt. Sed etſi poneres rem illam o-
bligatam deſiiſſe extare, non idcirco tamen iurari in litem oporte-
ret, quia cùm ad dictam diem ſatisfactum non eſt, non quanti
nunc actoris interſit ſpectari oportet, ſed quanti interfuit ſua die
ſatisfactum eſſe, vt & Tribonianus ipſe loquitur, relata ſcilicet æſti-
matione eius quod intereſt ad tempus poſitum in obligatione, *l.*
ſi Calendis 11. *Digeſt. de re iudicat.* Æſtimatio autem præteriti tempo-
ris quo res extitit æquè facilis eſt etiam poſteaquam res extare deſijt,
atque ſi adhuc extaret, neque iuſiurandum in litem neceſſarium eſt in
eam rem, vt ſuprà diximus euenire in actione legis Aquiliæ, *l. ait*
lex 21. *Digeſt. ad legem aquiliam*, & in ſpecie *penultim. Digeſt. de condi-*
ction. triticar. Sed & quis vnquam obſecro audijt in numis deponendis
eam adhiberi conuentionem vt certo die reddantur? Cùm creduntur,
frequentiſſimus eſt & perneceſſarius vſus eiuſmodi conuentionis, quia
ex mutuo transfertur numorum dominium in accipientem. At cùm
ex cauſſa depoſiti neque dominium transferatur, neque poſſeſſio,
ita vt neque conuenire poſſit vt tantundem reddatur, quoniam ea

rès egreditur notiſſimos depoſiti terminos quemadmodum ait Iureconſul-
tus in *l. Lucius* 24. *D. depoſit.* quænam ratio eſſe poteſt, propter quam de-
poſitarius præreptam deponenti velit repetendæ rei ſuæ facultatem ante cer-
8 tum diem? Illud verò multò etiam abſurdius eſt, quod idem † *Accurſius* ad *d.*
l. numis defendit, in numis creditis idem iuris eſſe quod in depoſitis, id eſt vt
ſi certo die reddi debuerint nec redditi ſint, permittatur creditori iurare de
eo quod ſua interfuit ſibi ſua die redditos fuiſſe. Nam cùm mutui contra-
ctus haud dubiè ſit ſtricti iuris, fieri numquã poteſt vt iuſiurandum in litem
admittat. Eſt enim generale & perpetuum vt in iudiciis ſtrictis numquã iu-
retur, excepto vno illo caſu de quo in *d. l. planè*, id eſt mera vrgente facti ne-
ceſſitate, quę porrò in propoſita ſpecie, vt docuimus nulla ſubeſſe poteſt. Fa-
teor ex mutuo tametſi contractus ſtrictus ſit poſſe creditorem petere quanti
ſua intefuit, ſi ad certam diem pecunia reddi debuit quæ non eſt reddita
(qui ſenſus eſt, *l.* 4. D. *de eo quod cert. loc.* qua vna in ſententiæ ſuæ confirma-
tionem Accurſius abutitur.) Sed nego ob eam cauſſam iurari in litem opor-
tere, quia neque iudicij natura id patitur nulla vrgente neceſſitate, neque
9 adfectio vlla in numos cadere poteſt. In eóque par fuit lapſus † Accurſij, &
Triboniani, exiſtimantium aliam rationem non eſſe propter quam de numis
depoſitis non iuretur in litem, quàm quia nihil interſit actoris, atque ita in-
ferentium à contrario ſenſu permittendum ergo illi eſſe vt iuret, ſi modò e-
ius interſit, quomodo intereſt proculdubiò cùm ad diem pecunia reddi de-
buit ei qui ad eandem diem debuit pecuniam ſub pœna, vel ſub pignore
quod diſtractum ſit. Animaduertere namque debuerunt poſſe hic de eo
quod intereſt dupliciter tractari, àut de éo quod intereſt actoris hos aut
illos numos habere, aut de eo quod ipſius intereſt ſibi numos ſua die
redditos non fuiſſe. Poſteriore hoc modo intereſt ſanè actoris, ſed
non ſufficit ita intereſſe ad hoc vt iurari in litem poſſit. Alioqui di-
cendum eſſet, quoties agentis intereſſet iuriſiurando in litem locum fo-
re: quod tantùm abeſt vt verum ſit, (neque vero id quiſquam vnquam
dixit) vt è contrario non poſſis meliùs excludere iuſiurandum in li-
tem, quàm ſi dicas præſtari debere actori quanti ipſius intereſt: vt à
nobis in ſuperioribus ſatis ſuperque probatum eſt: Cur ergo, inquies,
de numis depoſitis tractat Vlpianus? Nimirum quia depoſiti iudicium
bonæ fidei eſt, in quo iurari ſolet, ſi ſpecies non pecunia debeatur *lege* 1.
§. *in depoſiti.* D. *depoſit.* Eáque dubitandi ratio erat, quæ in numis creditis
10 nulla fuiſſet. Cæterùm etiamſi verum † eſſet pro depoſitis numis iurari poſſe
in litem, tria tamen eſſent neceſſaria. Primùm vt numi depoſiti eſſent, aut
commodati aut ex aliquo huiuſmodi bonę fidei cõtractu debiti. Nam ſi cre-
diti aut per ſtipulationem promiſſi proponerentur, non idem probaretur.
Secundum, vt dominus numorum is eſſet qui iuſiurandum in litem ſibi de-
ferri poſtularet. Tertium, vt certo die reddi debuiſſent nec redditi fuiſſent, ita
vt ex ea cauſſa intereſſet actoris. Quod cùm accidit, id eſt cùm actoris inter-
eſt propter diei actionem, mirum non eſt ſi referatur iuſiurandum ad tem-
pus præteritum non ad præſens, quia ſicuti ſola temporis adiectio facit vt ra-
tione numorum debeatur id quod intereſt, quod alioqui non deberetur, ita
neceſſe eſt eius ſolius temporis haberi rationem in eo quod intereſt æſtimã-
11 do. Itaque nõ poteſt ex eo loco probari ſentẽtia † illa *Bartoli* de qua ſuperio-
re capite dicebamus, exiſtimantis iuſiurandum in litẽ quod ille veritatis ap-
pellat

pellat propriam & perpetuam habere conditionem hanc vt ad præteritum tempus ſemper referatur, quod ſanè tam falſum eſt quàm quod falſiſſimum.

ERROR DECIMVS.

De delatione iuriſiurandi quod appellant veritatis in iudicio bonæ fidei.

SVMMARIA.

1 *Error pragmaticorum & interpretum putantium iuſiurandum veritatis in bonæ fidei iudiciis locum non habere.*

2 *Suppoſito dari iuſiurandum veritatis, falſam eſſe relatam ſententiam.*

3 *Nihil ad rem facere quod in iudicijs bonæ fidei tempus moræ ſpectetur, in ſtrictis tempus litis conteſtatæ.*

4 *Si poſt litem conteſtatam homo bonæ fidei contractu debitus pereat, an iuſiurandum in litem locum habeat.*

IN eo quoq; pragmatici & interpretes errãt, quòd exiſtimãt id genus iuriſiurãdi quod illi veritatis appellãt, in bonę fidei iudiciis locũ nõ habere, ſed tãtum in ſtrictis. Eſto.n. † quod illi volunt & nos negamus iuſiurandum veritatis illud maximè eſſe, de quo Marcianus tractat in *l. actionibus 5. §. plane. de in lit. iur.* Dico & facti & iuris neceſſitatem facere vt perinde iurari oporteat in iudiciis bonę fidei atq; in ſtrictis, quoties res debita periit poſt morã debitoris ante litem conteſtatã: quia, vt lex ait, nõ poteſt iudex ſine delatione iuriſiurandi ęſtimare rẽ, quę nõ extat. Nã ſiue ex bonę fidei cõtractu, ſiue ex ſtricto quis conueniatur, certũ eſt moram à debitore contractã efficere ne naturali interitu ſpeciei tollatur obligatio. Ea ſiquidẽ moræ poteſtas eſt ac multò magis in bonę fidei iudiciis quàm in ſtrictis, cùm in illis propter bonam fidem habeatur ratio morę ad augendas præſtationes acceſſionum nomine. In his verò non item, nec alio vllo caſu extra cauſſam perpetuandę obligationis vt à nobis in ſuperioribus ſuo loco diſputatum eſt. Inde verò fit vt quamuis Stichus poſt moram perierit qui fortè ex depoſito aut commodato debebatur, perinde tamen peti poſſit acſi adhuc extaret, quia & ex ſtipulatione, qui omnium ſtrictiſſimus cõtractus eſt, peti adhuc poſſet *l. ſi ſeruum 91. §. ſequitur. & §. vlt. De verb. oblig.* Atqui præſtari Stichus non poteſt qui re vera nullus eſt. Eius ergo æſtimatio vt præſtetur neceſſe eſt. Quænam verò æſtimatio? Præſens, quoniam ſi re vera extaret Stichus qui fictione iuris propter moram pro extante habetur, talis dari deberet qualis quantúſque tum eſſet cùm peteretur *l. 2. D. de vſur. l. ſi Calendis 11. D. de re iudic.* At quis obſecro dicere poterit quanti nunc ſit res quæ re vera non extat quęque nulla eſt? Nemo ſanè. Igitur neceſſitas & iuris & facti eò adigit iudicem vel inuitum, vt cogatur deferre iuſiurandum actori rem ſuam pro arbitrio & ex adfectione æſtimaturo, tametſi debitoris dolus nullus arguatur. Non enim coercendi doli gratia iuſiurandũ hoc præſtatur: vt aliàs fieri ſolet cùm quis rem alienã poſſidet, aut dolo malo deſiit poſſidere, vt domino habendę eius facultatem eripiat; ſed quia nihil eſt, quòd meliùs & commodiùs ſtatui poſſit vt actori ſatisfiat. Neque verò quiſquam æquum putauerit, vt meliore condictione ſit is, qui poſt moram & propter moram conuenitur ex iudicio bonæ fidei re perempta, quàm ſi ex

tione, quæ, vt toties diximus, litis conteſtatæ tempus præciſè & indiſtinctè ſpectari vult, niſi cũ iudicij qualitas & natura patitur vt ex bona fide præcedentis quoque aut ſequentis temporis rationem haberi oporteat. Quod autem creſcit etiam æſtimatio à lite conteſtata, ſi tempore condemnationis homo pluris ſit cùm bonæ fidei iudicium exercetur, fit ex ſola bona fide, non ex iuris ratione: bona autem fides elicere nõ poteſt vt rei quæ extare deſiit creſcere poſſit æſtimatio, quæ nec reuera vlla eſt, tantum abeſt, vt ſit incrementi capax. Igitur cùm ſatisfiat iuris rationi præſtita æſtimatione quæ fuit tẽpore litis conteſtatæ, licèt potuerit ea æſtimatio maior eſſe tempore rei indicandæ ſi homo ille non periiſſet, nihil tamen cauſſæ eſt cur alia æſtimatio quærenda ſit ex præſenti tempore ineunda, ideóque nec neceſſe eſt iuſiurandum in litem deferri, vt pluribus docuimus *lib. 16. Coniect. cap. 13.* Ex quo loco peti poterunt alia pleraque ad tractatum hunc pertinentia. Nobis enim nunc ſatis eſt pragmaticorum & interpretum omnium errorem indicaſſe, propoſita interpretation *& dict. §. planè. l. in actionibus. De in lit. iurand.* cuius ſententiam à nemine hucuſque perceptam eſſe, auſim ego adfirmare: Quam nec nos ipſi benè percepimus *lib. 6. Coniectur. cap. 17.*

ANTONII FABRI I C.

DECAS DECIMAOCTAVA.

ERROR PRIMVS.

De in litem iurando in actione hypothecaria.

SVMMARIA.

1 *Diſtinctio quam interpretes & pragmatici adferunt ad quæſtionem, An in hypothecaria iuretur in litem.*

2 *Diſtinctionis interpp. refutatio ex eo deducta quòd nulla æquitas, aut iuris neceßitas facit vt in hypothecaria iuretur in litem.*

3 *Exponitur l. ſi inter 21. §. vlt. D. de pignorib.*

4 *L. ſi fundus. 16. §. in vindicatione D. de pignorib. à Triboniano interpolatam eſſe,*

5 *Item l. qui reſtituere. 67. D. de rei vindicat.*

CVm quæritur an in actione hypothecaria iuretur in litem, ſolent interpretes & pragmatici diſtinguere an contra debitorem ipſum, an cõtra tertium poſſeſſorem ea actio inſtituatur. Poſteriore caſu volunt iurari in litem ex *l. ſi fũdus 16. §. in vindicatione. D. de pignor.* Priore verò non item ex *l. ſi inter 21. §. vlt. eod. tit.* Sic enim hos locos quaſi inuicem alioqui pugnaturos conciliant, moti ex eo quod in *d. §. vlt.* ſcriptum eſt aliter litem æſtimandam eſſe cùm hypothecaria exercetur contra debitorem, aliter cùm aduerſus tertium poſſeſſorem. Aduerſus debitorem, inquit Vlpianus, tan- 1

ti lis æſtimatur quanti illud eſt quod debetur. Contra tertium verò poſſeſſo-
rẽ interdũ etiã pluris: quaſi fieri nequeat vt pluris æſtimetur, quin iuſiurandũ
2 in litẽ actori deferatur. Quã interpretationẽ† & diſtinctionẽ euidens ſanè iu-
ris ratio refellit. Numquã enim iuſiurandũ in litẽ deferri poteſt niſi ex neceſ-
ſitate iuris, vt ait *l. vlt. D. de in lit. iurand.* id eſt cùm alia ratione nulla ſatisfie-
ri poteſt iuris rationi aut æquitati, quod tũ demũ euenit cùm ſine delatione
iuriſiurandi æſtimari non poteſt res de qua agitur, vt in *l. actionibus 5. §. plane
eod.* aut cùm actori ſubueniendũ eſt ne dolo aduerſarij rẽ ſuã iuſto pretio vẽ-
dere cogatur *l. 1. l. tutor 8. eo l. ſi filiofamilias 25. §. 1. D. ſolut. matrim. l. non enim 9.
D. rer. amot.* Atqui in actione hypothecaria ſiue debitor ſiue tertius poſſeſſor
ille ſit contra quẽ agitur, numquã aut æquitas aut neceſſitas iuris facit vt in
litẽ iurari oporteat quandoquidẽ creditoris indẽnitati aliter ſatisfieri cõmo-
dè poteſt, pręſtatione ſcilicet eius quod intereſt, licèt hoc ipſũ aliter cõtra de-
bitorẽ, aliter contra tertiũ poſſeſſorẽ æſtimetur. Nã contra debitorẽ æſtima-
tur ex ea quantitate quæ debetur, cõputato etiã ſi quid aut ſumptuũ in litem
factorũ aut acceſſionũ nomine debeatur. Neq; enim fieri poteſt vt pluris in-
terſit agentis creditoris cùm in re pignorata nihil iuris habeat pręter ius pi-
gnoris, quod ipſũ diſſoluitur ſoluto omni eo quod debetur. At contra tertiũ
poſſeſſorẽ agentis poteſt intereſſe longè pluris quàm ſit in debito, nimirũ ſi
res pignorata ſit pluris, vt plerumque eſſe ſolet. Tenetur enim creditor debi-
tori actione pignoratitia vt quod plus eſt in æſtimatione pignoris quàm ſit
in debito, reſtituat debitori, ſiue pignus pro ſuo iure vendiderit, *l. eleganter
24. §. ſi vendiderit. D. de pignor. act.* ſiue per iudicẽ lis æſtimata ſit, quoniã & ea
litis æſtimatio vẽditio quædam eſt, *l. 3. D. pro emptor.* tenetúrq; creditor in ea
re bonã fidem præſtare vt non minore pretio quàm quanti res eſt pignus à
tertio poſſeſſore ex iudicato retineri patiatur: Licèt aliud ſit cùm tertius poſ-
ſeſſor cõuentus per hypothecariã offert vltrò creditori quantum neceſſe eſt
ad hypothecariã excludendã. Non enim illa litis æſtimatio venditio eſt, aut
venditionis iure cenſenda, quandoquidẽ nihil eſt quod imputari poſſit cre-
ditori qui nihil niſi debitã quantitatẽ exegit à pignoris poſſeſſore, quique ac-
cepta ea ſumma quæ ſibi debebatur, pignoris poſſeſſionẽ non eripuit poſſeſ-
ſori: vt pluribus explicauimus (eſt enim res ſatis obſcura, nec ab vllo adhuc
fortaſſis benè explicata) *lib. 16. Coniect. cap. 15. & 16.* Cæterùm ex eo quod Vl-
pianus† ſcribit *in d. §. vlt. l. ſi inter*, æſtimari litem in actione hypothecaria cõ-
3 tra tertiũ poſſeſſorem inſtitutã, multò pluris interdũ quàm illud ſit quod de-
betur, non poſſis niſi prorſus ineptè cùm interpretibus & pragmaticis in-
ferre. Iurari igitur eo caſu in litem ſiquidẽ non dolus & cõtumacia poſſeſſo-
ris tũ æſtimatur, vt fit cùm in litẽ iuratur, ſed res ipſa obligata vt habeat cre-
ditor quod poſſit debitori reſtituere pignoratitiam quandocunque inſtitu-
to. Porro res obligata facilem cõmodámque æſtimationem recipit ſine de-
latione iuriſiurandi, vt & aliæ res omnes quæ extant, cùm non niſi extantis
rei nomine hypothecaria contra tertium poſſeſſorẽ exerceri poſſit, quia ne-
que fieri poteſt vt res quæ extare deſiit à quoquã poſſideatur. Quare non di-
ſtinguit Vlpianus an tertius ille poſſeſſor in dolo ſit, an in culpa duntaxat, ſed
omnimodo vult cõdemnari eum in maiorem quãtitatem quàm illa ſit quæ
debetur, id eſt, vt nos interpretamur, ſi pluris res ſit quàm debitum. Quæ ta-
men diſtinctio prætermittenda non fuiſſet ſi de iureiurando in litem defe-
rendo Vlpianus ſenſiſſet. Conſtat enim ob dolum ſolum iurari poſſe in litem

non

non etiam ob culpam, nec ſi lata proponatur, *d.l.in actionibus.* Accedit illa quoque ratio quæ iuſiurandum excludat, quod non aliis iuſiurãdum hoc deferri ſolet, quàm qui litem ſuo nomine cõteſtantur *l.vulgò* 7.D.*eod.* In quorum numero vtique non eſt creditor cùm ſupra eam quantitatem quæ ſibi debetur, cenſeatur procurator debitoris. Cui demùm iurare in litem permittendum erit ſi iure dominij vindicationem exerceat, & poſſeſſor reſtituere iuſſus, dolo malo parêre nolit. Quid ergo ſibi vult Marcianus in *d.l. ſi fundus. §.in vindicatione.* D.*de pign.* vbi ait in hypothecaria iurari in litẽ? Dico ſententiam † illam à iuris ratione prorſus alienam eſſe, ideóq; Triboniano potiùs quàm Marciano adſcribẽdam, ex pluribus quæ nos in hanc rem congeſſimus *lib.16.Coniect.cap.15.* Alioqui ſanè perinde dicendũ erit in actione hypothecaria iurari in litẽ cùm aduerſus debitorem, atque cùm contra tertium poſſeſſorem exercetur. Eſt enim illius loci ſententia generalis, & ratio qua Tribonianus & falsò & ineptè mouetur, quòd inquit, nihil profutura ſit actio hypothecaria, ſi per eam non plus debito creditor conſequatur, qui tantundem per actionem perſonalem conſequeretur, ad eam hypothecariam magis pertinet quæ contra debitorem ipſum exercetur, quàm ad illam quæ contra tertiũ poſſeſſorẽ, vt & illud generale eſt quod ait Tribonianus *ſicut & in ceteris in rem actionibus.* Perinde enim vtroque caſu actio hypothecaria in rem eſt, ſiue contra debitorem, ſiue cõtra tertium poſſeſſorem inſtituatur. Verius igitur eſt in actione hypothecaria aut omni caſu in litem iurari, aut nullo. At omni caſu iurari ne interpretes quidem audent dicere. Ergo nullo iurabitur. Idẽ tractari poteſt ſi quis obiiciat † ex *l.qui reſtituere* 67.D.*de rei vindicat.* in omnibus actionibus arbitrariis in litem iurari. Nam aut fatendum eſt locum illum eſſe etiam Triboniani non Vlpiani, vt nos indicauimus & probauimus euidentiſſimè *cap.* 17. *lib.* 16. aut perinde concludendum in actione hypothecaria omni caſu in litem iurari, cùm ſit omni caſu arbitraria.

4 and 5 appear in the right margin beside the lines beginning "ſimus lib.16" (4) and "omnibus actionibus" (5).

ERROR SECVNDVS.

Si creditoris hypothecariam exercentis interſit pluris quàm debeatur.

SVMMARIA.

1 *Quo caſu velint interpretes & pragmatici iurari in litem contra tertium poſſeſſorem: quo item contra debitorem, quando agitur hypothecaria.*

2 *Bartolus & alij erroneè putant nihil intereſſe an quis dicat in actione hypothecaria iurari in litem: an æſtimari litem pluris quàm illud eſt quod debetur: & d. erroris refutatio num.3.*

4 *Licet creditoris aliquando interſit amplius quàm illud ſit quod debetur, non propterea tamen iurari in litem oportet.*

5 *Abſurdus error Bartoli putantis iurari in litem contra tertium poſſeſſorem, ſi creditor culpa ſua pignoris poſſeſſionem amiſerit: & eiuſdem refutatio.*

6 *Nullo caſu creditori hypothecariam exercenti indulgendum vt in litem iuret, ſiue contra debitorem, ſiue contra tertium poſſeſſorem agat.*

TAMETSI & interpretum & pragmaticorum ea ſententia & diſtinctio ſit quam nos ſuperiore capite retulimus, vt in actione hypothecaria ita demum iuretur in litem ſi contra tertium poſſeſſorem non etiam ſi contra debitorem inſtituatur, non tamen

1 omni caſu iurari volunt contra tertium poſſeſſorem, ſed eo † demùm quo pignoris poſſeſſio amiſſa ſit culpa creditoris, & è contrario interdum etiam contra debitorem ipſum iurari patiuntur ſi quo caſu interſit creditoris ſuprà quàm debeatur, vtputa, inquiunt, ſi eidem creditori chirographaria debeatur pecunia propter quam retinere pignus poſſet, ſi eius poſſeſſionem nactus eſſet: nimirum quod anteà poſſediſſet, ac cuius poſſeſſio ſine ipſius facto poſteà ad debitorem rediiſſet. Sic enim *Bartolus*, quem cæteri ſequuntur ad *§. vltim l. ſi inter 21. D. de pignor.* Vtrumque malè, & vtriuſque er-
2 roris eadem cauſſa. Ex eo nempe conflata, quòd putant † nihil intereſſe an quis dicat, in actione hypothecaria iurari in litem, An æſtimari litem pluris quàm illud eſt quod debetur, quaſi fieri nequeat vt pluris æſtimetur quin iuſiurandum in eam rem interponi neceſſe ſit. Inde enim conſequens fieri arbitrantur, vt ſi quando interſit creditoris ſupra quàm ſit in debito iuſiurandum ei deferri oporteat ſiue contra debitorem ipſum agat, ſiue contra tertium poſſeſſorem. Porrò cùm aduerſus tertium poſſeſſorem agit non aliter videri poteſt eius intereſſe pluris, quàm ſi pignoris poſſeſſionem culpa ſua amiſerit. Quoniam, inquit *Bartolus*, ſolius debiti oblatio alioquin hypothecariam ſummoueret *l. ſi fundus 16. §. in vindicatione. eod. tit.* Cùm verò creditoris culpa poſſeſſio amiſſa eſt, intereſt ipſius vt eàm recuperet, ne eo nomine teneatur pignoratitia debitori, cui vtique non teneretur ſi pignoris poſſeſſionem ſine culpa ſua amiſiſſet. At cùm aduerſus debitorem ipſum agitur, ita demùm intereſt creditoris ſupra quàm ſit in debito ſi propter chirographariam pecuniam pignus retinere velit. Nos verò iam ſuperiori ca-
3 pite probauimus quàm ſint iſta diſtantia & differentia, æſtimari † litem in actione hypothecaria ſupra quàm creditori debeatur, & iurari in litem. Nec enim quicquam prohibet alia ratione quàm per iuſiurandum fieri eam æſtimationem, quæ licèt egredi aliquando poſſit eam quantitatem quæ debetur, nunquam tamen egreditur id quod re vera intereſt creditoris, quinimò potius egreditur interdum debitam quantitatem ob hoc ſolùm quod pluris intereſt creditoris non vt tertij poſſeſſoris vel debitoris dolus & contumacia coerceatur: cùm tamen ſi de in litem iurando tractari poſſet dolū neceſſariò præcedere oporteret eius cōtra quē iuraretur, itémq; iurantis adfectioni aliquid indulgendum eſſet vt ſupra etiam quàm reuera eius intereſſet ipſi præſtaretur, niſi rurſus ad commentitiam illam diſtinctionem recurras duplicis iuriſiurandi adfectionis & veritatis, quam nos in ſuperioribus abundè refutauimus cùm probauimus omne iuſiurandum in litem eſſe adfectionis,
4 nullum veritatis. Fateor quod vult *Bartolus* poſſe † creditoris intereſſe amplius quàm illud ſit quod debetur ſiue ex iis cauſſis, quas ille congerit, ſiue ex aliis quibuſlibet. Sed nego iurari idcirco in litem oportere, cùm neque de dominio contendat is qui in rem obligatam agit iure creditoris, neque facilius quicquam ſit quàm æſtimare exactè & ad amuſſim quicquid creditoris re vera intereſt etiam ſine delatione iuriſiurandi. Et verò
5 quid abſurdius, † quàm eo caſu quem *Bartolus* tractat iurari in litem contra tertium poſſeſſorem, ſi, inquit, creditor culpa ſua pignoris poſſeſſionem amiſerit. Quænam enim noua hæc iuriſprudentia eſt vt pleniorem & fauorabiliorem actionem ex culpa ſua creditor conſequatur? Nam ſi nulla creditoris culpa interuenerit in amittenda pignoris poſſeſſione non negat Bartolus iuſiurandum ei deferendum non eſſe, tametſi maximè dolo

malo

malo faciat tertius poſſeſſor qui contra ſe hypothecariam exerceri patitur. Itaque meliorem facit conditionem creditoris qui culpam admiſit quàm eius qui in culpa nulla eſt. Apertè contra iuris regulas quæ non patiuntur vt ex culpa ſua quis actionem ſibi acquirat, aut vt ob ſolam culpam iuretur in litem, nec ſi culpa eius arguatur contra quem iurandi facultas poſtulatur. Quantò minùs igitur ob culpam iurare volentis iuſiurandum permittendum erit? Neque ad rem pertinet quod eo caſu futurum eſt vt creditor debitori pignoratitia actione teneatur ſi pluris ſit pignus, cuius poſſeſſionem malè amiſit, quàm quanti eſt id quod debetur: non enim videri debet ſentire damnum quod ex culpa ſua ſentiat, vt eſt in iuris regula. Ideóque nec actionem ex ea cauſſa habere debet. Quamquam non nego hoc etiam caſu quo creditoris culpa interuenit, perinde in condemnationem deduci quanti re vera pignus eſt, acſi culpa nulla interueniſſet, quia non propter amiſſam poſſeſſionem eiuſmodi condemnatio fit, ſed propterea quòd ea litis æſtimatio, quæ non à poſſeſſore ad excludendam hypothecariam vltra oblata eſt, ſed à iudice taxata vrgente creditore, pro venditione eſt *l.* 13. *D. pro emptor.* factúmque iudicis habetur hîc, vt & aliàs plerumque pro facto partis, nec tantùm creditoris, ſed etiam debitoris, adeò vt ſi pignus vindicare poſtea velit à poſſeſſore qui & condemnatus fuit & iudicato ſatisfecit, oblato etiam omni eo quod à poſſeſſore ſolutum ac præſtitum eſt, non magis audiendus ſit, quàm ſi creditor ſuo iure pignus diſtraxiſſet, vtique ſi habuit creditor diſtrahendi facultatem, quam ſemper habet niſi cum in contrarium conuenit ne habeat. Sed quoniam de tota hac quæſtione ſcripſimus fuſiſſimè *lib.* 16. *Coniecturarum cap.* 16. ſatis ſit hæc adnotaſſe, vt in poſterum pragmatici intelligant quàm verum ſit quod nos præcedente capite tractabamus, Nullo † prorſus caſu creditori hypothecariam exercenti indul- 6
gendum eſſe vt in litem iuret, ſiue contra debitorem agat, ſiue contra tertium poſſeſſorem, ſiue culpâ ſuâ pignoris poſſeſionem amiſerit, ſiue citra culpam, & ſiue chirographaria pecunia præter pignoratitiam aliqua ei debeatur, ſiue nulla.

ERROR TERTIVS.

De formula instituendæ actionis hypothecariæ.

SVMMARIA.

1 Quæ ſit vulgaris formula inſtituendæ actionis hypothecariæ.

2 Actio hypothecaria eſt arbitraria, ſicut & rei vindicatio.

3 In actione hypothecaria creditor ante omnia petere debet, vt pronuntietur rem ſibi obligatam eſſe, quæ hypothecæ adiudicatio dicitur.

4 Quæ ſint partes iudicis cùm agitur hypothecaria.

5 Aliter litis æſtimatio fieri debet, cùm agitur hypothecaria aduerſus debitorem, aliter cùm aduerſus tertium poſſeſſorem.

6 In quo ſimilis ſit hypothecaria directæ rei vindicationi.

7 Inter hypothecariam actionem, & rei vindicationem differentia prima.

8 Secunda.

9 Cùm agitur hypothecaria non ipſa pignoris reſtitutio aut in petitionem, aut in condemnationem deducenda eſt.

10 Quàm ſit à iuris ratione aliena illa hypothecariæ inſtituendæ ratio, cùm creditor oblato libello petit vt ſibi liceat res oppigneratas diſtrahere, & pretium inde reductum retinere vſque ad quantitatem quæ debetur.

Digitized by Google

1 ACTIONEM † hypothecariam ſiue contra debitorem,ſiue
contra tertiũ poſſeſſorẽ inſtituatur, ſic inſtitui debere vulgò
exiſtimatũ eſt,vt rei obligatę reſtitutio petatur,& cõſequen-
ter ita concipiendã eſſe ſententiã,vt eius rei reſtitutio credi-
tori adiudicetur,qui poſteà iure ſuo pignus retinere poſſit in
eum vſque diem quo ſibi ſolutũ à debitore aut aliter ſatisfactũ ſit. Sic enim
noſtri tractant ad *§. in vẽdicatione. l. ſi fundus* 16. D. *de pig.* Quos illud potiſſi-
mũ mouet quod iactari ſolet, hypothecariã & vt prudentes frequẽtiùs loqui
ſolent,quaſi Seruianã auocare nudam pignoris poſſeſſionem, *l. ſi cùm venditor*
66. D. *de euict.* Mihi ſentẽtia hęc à iuris ratione ſemper aliena viſa eſt. Omnes
2 enim fatentur,quod & veriſſimũ eſt,actionẽ † hanc hypothecariam eſſe arbi-
trariam , non ſecus ac illam quę iure dominij competit ad rem vindicandam
§. præterea. Inſtit. de action. Proinde quemadmodum in directa dominij
vindicatione is agendi ordo eſt & eſſe debet , vt dominus petat pronuntiari
primùm rem ſuam eſſe : tùm arbitrio iudicis poſſeſſor rem reſtituere iubea-
tur : poſtremò ſi arbitrio parére nolit tùm demùm condemnetur non ad
rem reſtituendam,quod lato de ea re arbitrio iam factum eſt,ſed quanti do-
minus in litem iurauerit ob rem non reſtitutam, *l. qui reſtituere* 63 D. *de rei*
3 *vindic.* Ita & in actione † hypothecaria obſeruandum eſt,vt creditor hoc v-
num ante omnia petere & poſſit & debeat , pronunciari rem ſibi obligatam
eſſe , vinculóque pignoris obſtrictam : quæ hypothecæ adiudicatio dicitur
à Marciano in *dicta l. ſi fundus. §. creditor.* D. *de pignor.* Quo facto non alię iu-
4 dicis † partes eſſe poſſunt quàm vt ex officio arbitretur,iubeátque rem illam
à poſſeſſore , quiſquis ille ſit , reſtitui creditori , niſi malit oblato omni eo
quod creditori debetur hypothecariam ſummouere : poſſeſſore autem arbi-
trio non parente tum demùm ſequitur condemnatio *d. §. in vindicatione.*
Non igitur ad rem reſtituendam , quandoquidem de re reſtituenda iam ar-
bitrium redditum diximus, ſed ad inferendam litis æſtimationem , id eſt,vt
quanti creditoris intereſt, tanti poſſeſſor condemnetur. Quamuis vt in ſu-
5 perioribus diximus,aliter ea litis † æſtimatio fieri debeat,cùm agitur aduer-
ſus debitorem,aliter cùm aduerſus tertium poſſeſſorem. Nam ſi aduerſus de-
bitorem , nõ pluris intereſſe creditoris ſolet quàm quanti illud eſt quod de-
betur : ſin aduerſus tertium poſſeſſorem , fieri facilè poteſt vt pluris inter-
ſit creditoris , toties ſcilicet quoties pluris eſt pignus quàm quod debetur *l.*
6 *ſi inter* 21. *§. vltim.* D. *de pignor.* In eo igitur ſimilis † eſt hypothecaria directæ
vindicationi dominij, quòd ex neutra ſequi poteſt condemnatio niſi præce-
dente arbitrio : arbitrium autem de re reſtituenda non ex vllius præceden-
tis obligationis aut actionis iure proficiſcitur, ſed ex officio iudicis , qui
poſteaquam pronunciauit rem eſſe petitoris aut obligatam petitori , non a-
liter boni viri officium implere & exequi poteſt , quàm ſi iubeat eam rem
actori reſtitui. Quo enim iure patiatur eam à poſſeſſore retineri inuito a-
ctore qui in ea ius habeat vel dominij vel pignoris. Eámque arbitraria-
rum omnium actionum naturam & condicionem eſſe Iuſtinianus diſertè
ſcribit in *d. §. præterea. Inſtit. de action.* De cuius ſententia ſequenti capite di-
7 cemus. Duplex † tamen inter hypothecariam & dominij vindicationem
differentia eſt. Vna in eo quòd poſteaquàm cognitum & pronuntiatum eſt,
rem eſſe petitoris,iubetur poſſeſſor eam rem precisè reddere,id eſt,ita vt ni-
hil aliud habeat quod præſtare poſſit ad hoc vt arbitrio paruiſſe videatur. In

hypothecaria verò non magis præciſè iuberi poteſt is qui pignus poſſideat vt
id reſtituat, quàm vt pecuniam debitam ſoluat, ſed ſub ea condicione, niſi
pignus luere malit & quicquid debetur creditori offerre: habet enim hy-
pothecaria actio perpetuas ſuas condiciones & exceptiones (nihil enim a-
liud eſt exceptio quàm condicio *l. exceptio D. de exception.*) ſi ſoluatur aut
aliter ſatisfiat, quibus demum ceſſantibus tenet *l. grege 13. §. etiam. Digeſt. de
pignor.* Vindicatio autem dominij condiciones nullas habet, quia non eſt
cogendus dominus rem ſuam iuſto precio vendere, ſed omnimodo habere,
eam debet. Et ex hac differentia naſcitur illa † etiam, quòd in dominij vindi- 8
catione ſi arbitrio non pareatur, non alia ſequi poteſt condemnatio quàm
quanti petitor in litem iurauerit. Nam cùm nulla omnino præcedat obli-
gatio cuius poteſtate condemnari præciſè poſſit is qui poſſidet vt rem reſti-
tuat ad quod nec poſſit adigi ſine vi & impreſſione quam ciuilis legiſlator
numquam admittit, neceſſe eſt pecuniariam ferri condemnationem ob con-
tumaciam poſſeſſoris parêre nolentis quaſi ea contumacia pro obligatione ſit
ad inducendam condemnationem. Abſurdum enim eſſet, ob id quòd reus
arbitrio non paruerit condemnari eum poſteà vt pareat: neque maior cauſſa
ſubeſt irrogandæ neceſſitatis parendi poſt contumaciam quàm antè fuerit.
Porrò pecuniaria condemnatio ferri non poteſt, quin aut ex rei veritate, aut
ex adfectione res petita æſtimetur. Ex rei veritate communique hominum
exiſtimatione pretium ſtatui iniquum eſſet, quoniã ita fieret vt ex dolo poſ-
ſeſſoris rẽ ſuam iuſto pretio vendere dominus cogeretur. Conſequens igitur
eſt vt ex petitoris adfectione rem æſtimari oporteat, id eſt per iuſiurãdum in
litem. At in hypothecaria ſatisfit abundè petitori, ſi præſtetur ei quanti eius
reuera intereſt, quia non rem ſuam perſequitur, ſed alienam, nec aliam agen-
di cauſſam habet niſi vt conſequatur quantum ſibi debetur, aut quantum præ-
tereà debitori actione pignoratitia reſtituere tenebitur ſi rem habeat cum
tertio poſſeſſore. Tanti igitur litem æſtimare iudex debebit, non quanti actor
in litem iurauerit, ſed quanti actor ſua intereſſe probauerit, *d. l. inter 21. §. vl-
tim. De pignor.* Quod cùm ita ſit, non igitur ipſa † pignoris reſtitutio aut in 9
petitionem aut in condemnationem deducẽda eſt, vt interpretes & pragma-
tici exiſtimant, ſed ius pignoris in actione inſtituenda proponendum & vin-
dicandum eſt vt pronuntietur rem eſſe pignori obligatam: ſententia verò ſic
concipienda, vt poſſeſſor ſiue tertius ille ſit, ſiue debitor ipſe ad præſtandam
litis æſtimationem cõdemnetur, id eſt ad id omne quod re vera intereſt cre-
ditoris, ſiue pluris interſit quàm debeatur, ſiue non pluris. Vtique enim
minoris intereſſe numquam poteſt. Apparet autem ex ſuperioribus quantum
etiam diſcrepet à iuris ratione † noua illa hypothecariæ inſtituendæ ratio 10
quæ à pragmaticis noſtris frequentiſſimo vſu inducta receptáque eſt. So-
lent enim hypothecarij creditores oblato libello rectà petere vt ſibi liceat res
quas pignori obligatas dicunt diſtrahere, pretiúmque quod ex diſtractione
redigi poterit ad eam vſque quantitatem retinere quæ debetur tam acceſſio-
num, quàm ſortis nomine. Nam præter id quod inciuile eſt, & contra iuris
regulas vt ab executione incipiatur, fieri nullo modo poteſt vt pignoris di-
ſtractionem pati poſſeſſor debeat priuſquàm lis æſtimata ſit, nec rurſus vt lis
æſtimetur ante condemnationem, nec denique vt cõdemnatio ſequatur quia
arbitrium præcedat: quod ipſum porrò vt poſſit præcedere, neceſſe eſt prius
pronuntiari rem de qua agitur pignoris vinculo teneri. Nec ſanè alius inſti-

tuendæ hypothecariæ ritus probari poteſt, niſi fortè pragmaticorum errori tantum autoritatis tribuamus, vt facere potuerit, ne hypothecaria actio ampliùs ſit arbitraria qualis olim fuit, eritque quandiu prudentum reſponſis, iurique rationi ſua fides & autoritas conſtabit.

ERROR QVARTVS.

De arbitrariis actionibus.

SVMMARIA.

1 *Error interpretum & pragmaticorum de duplici ſententia definitiua, quam ferri volunt in actionibus arbitrariis.*

2 *In actionibus arbitrariis qualis pronuntiatio iudicis præcedere debeat.*

3 *Pronuntiationem iudicis arbitrium ſequi debet, quo reus iubeatur reſtituere actori rem quæ eius eſt, aut ei obligata eſt.*

4 *Si arbitrio non pareatur tum demum ſequi debet condemnatio rei, quanti actor ſua intereſſe probauerit.*

5 *Sententia dici non poteſt, niſi quæ vel abſolutionem, vel condemnationem continet.*

6 *In actionibus arbitrariis eo tantùm caſu ſequi poteſt condemnatio, quo parère arbitrio reus noluerit: & nu. 8.*

7 *ICti pronuntiationem quæ procedit de dominio, aut iure pignoris, non ſententiam, ſed adiudicationem appellant.*

9 *Arbitrium iudicis de re reſtituenda pro ſententia definitiua perperam accipi ab interpretibus.*

10 *Error eorum reprehenſus qui arbitrarias actiones inde dictas putant, quòd in illis non niſi arbitrio iudicis condemnatio infligatur.*

1 IN arbitrariis † actionibus definiendis perpetuus grauiſſimúſque interpretum noſtrorum & pragmaticorum error eſt, quòd exiſtimãt duas in iis ferri ſententias, vnam per quam reus rem petitam reſtituere aut quid aliud facere iubeatur, alteram per quam ob non factum id quod facere debuit in ampliorẽ quantitatem condemnetur. Vtramque verò ſententiam definitiuam eſſe volunt, ſed eam præſertim quæ prior redditur, adeò vt poſteriorem ſic accipiãt, quaſi in iudicati executione reddita videatur. Quod ſi ita eſt, non duas tantùm ſed ſemper tres ſententias in actionibus arbitrariis ferri debere dicendum erit.
2 Primùm .n. neceſſe eſt ante omnia † iudicẽ pronũtiare rẽ de qua agitur eſſe petitoris, vt in vindicatione, aut petitori obligatã vt in hypothecaria, aut per vim vel dolum extortam, vt in actionibus *De eo quod met. cauſſ.* aut *de dolo*, & ſimiliter in cæteris, quæ pronuntiatio in vindicatione & hypothecaria, dominij & hypothecæ adiudicatio dicitur *§.1. Inſt. de offic. iud. l. ſi fundus 16. §. credi-*
3 *tor D. de pign.* Ea verò pronuntiatione † facta ſequi debet arbitriũ iudicis vt eam rem quæ petitoris eſt aut petitori obligata reus reſtituere iubeatur, ſecundùm eam tamen diſtinctionẽ quę à nobis ſuperiore capite tradita eſt vin-
4 dicationis & hypothecariæ actionis *d. §. 1. de officio iudic.* Si arbitrio † non pareatur, tum demum ſequitur condemnatio, tantique reus condemnatur quãti actor ſua intereſſe probauerit vt in hypothecaria & actione *de dolo*, aut in litem iurauerit vt in vindicatione, aut in quadruplum, vt in actione *Quod met. cauſſ.* aut in aliam pœnã pro actionis propoſitæ conditione & qualitate. Tres igitur ſententias in huiuſmodi actionibus ferri dicendum eſſet ſi quælibet

vna

vox & interlocutio iudicis pro ſententia acciperetur. Sed non ita eſt. Ne-
que enim ſententia † dici poteſt niſi quæ vel abſolutionem cõtinet,vel con- 5
demnationem. Atqui non ex eo ſolo quod pronuntiatum eſt rem eſſe peti-
toris,aut obligatam petitori,condemnatus reus dicitur,imò quod magis eſt,
ne condemnandus quidem,quia ſi poſtmodum eam rem reſtituere iuſſus pa-
reat arbitrio & præcepto iudicis abſolui debet non ſecus acſi pronuntiatum
eſſet contra petitorem. Denique non niſi vno † illo caſu ſequi poteſt 6
condemnatio quo parére arbitrio reus noluerit, & ſine cauſſa recuſauerit
vel diſtulerit, vt Iuſtinianus & apertè & eleganter declarat *in §. præterea In-
ſtitut. de action*, poſt Vlpianum in *l. item ſi cum 14.§. hac autem actio*. D. *quod
met.cauſ.* Indéque nimirum fit vt quamuis iudex poſteaquàm ſemel ſenten-
tiam dixit,officio functus intelligatur, nec amplius quicquam pronuntiare
poſſit, *l. iudex poſteaquàm* 55. D. *de re iudic.* non eo minus tamen iudex ma-
neat,quod rẽ controuerſam petitoris eſſe aut petitori obligatam pronuntia-
uerit, adeóque actori reſtitui iuſſerit, quod vtique non obtineret ſi aut hæc,
aut illa interlocutio ſententiæ præſertim diffinitiuæ, vt interpretes putant,
iure cenſeretur. Qua de cauſſa numquam videas Iureconſultos † tam impro- 7
priè & abuſiuè loqui vt eam pronunciationem quæ præcedit de dominio aut
iure pignoris ſententiam appellent, ſed adiudicationem dicunt rei aut hypo-
thecæ. *dict. . . creditori.* Sicut & præceptum illud iuſſúmque quod ſequi ſolet
de re reſtituenda, non ſententiam, ſed arbitrium ſemper vocant, cui ſi non
pareatur † tum demum ſequi volũt condemnationem *d. §. hac autem actio*, 8
qui locus in hanc rem omnium apertiſſimus & elegantiſſimus eſt, *lege arbi-
trio 18. in princ. & §.1. D. de dolo. l. qui reſtituere 68. D. de rei vindic.* vbi ſcriptũ
eſt non ſolùm poſtquàm alienę rei poſſeſſor rem reſtituere iuſſus eſt,ſed etiã
poſt ablatam ab eo poſſeſſionem & in actorem trãſlatam manu militari, de-
bere nihilominus ſequi condemnationem,fructuum totiúſque cauſſę nomi-
ne:fructuum,inquam,lite pendente perceptorum. De iis enim neceſſariò in-
telligi is locus debet,vt docuimus *lib.16. Coniec. cap.17.* Quis autem,inquam,
dixit poſt latam de principali negotio ſententiam ſupereſſe iudici facultatem
pronunciandi rurſum de fructibus? Sanè iuris ratio repugnat *l. terminato 3.
cum ſeq. C. de fructib. & lit. expenſ.* Atqui ſi verum eſſet quod interpretes ſo-
mniant arbitrium † iudicis de re reſtituenda pro ſententia diffinitiua accipi
oportere,ſequeretur non ſolùm poſt diffinitiuam ſententiam,verùm etiam, 9
quod eſſet multò abſurdius poſt ſententiæ diffinitiuæ executionem quæ per
manum militarem facta eſſet, nouæ condemnationis ferendæ ius ſupereſſe.
Quid enim aliud eſt ablatio illa & poſſeſſionis translatio per manum milita-
rem,de qua in *d. l. qui reſtituere*,niſi executio arbitrij de re reſtituenda? quod
& Accurſius fatetur. Et certè dici non poteſt quo iure aut qua ratione in ar-
bitrarijs actionibus poſſit ferri ſententia quin priùs arbitrium reddi neceſſe
ſit,quandoquidẽ iis caſibus in quibus arbitraria actio competit nulla obliga-
tio eſt quæ præcedat, quam tamen præcedere neceſſe eſt vt quis condemne-
tur. Qui enim rem alienam aut alteri obligatam poſſidet,is neque ex contra-
ctu vel quaſi obligatus eſt,neque ex delicto vel quaſi, ne tum quidem cùm
pronũciatum eſt rem eſſe petitoris, aut obligatam petitori,quoniam ea pro-
nunciatio rem ipſam afficit non perſonam poſſidentis,de quo aut in quẽ ni-
hil pronunciatur. Quid ergo? Facit duntaxat ea pronunciatio vt arbitriũ in-
duci poſſit. Nã cùm bonus iudex boni viri officio partibúſque fungi debeat

quid aliud, obſecro, facere poteſt vbi cognouit & pronuntiauit rem ad petitorem pertinere, quàm vt eam reſtitui iubeat? Idem enim & alius quiſque vir bonus arbitraretur: quòd nemini liceat alienam rem nullo iure retinere præſertim domino inuito. Poſteà verò quàm iuſſus reus rem reſtituere non vult parére, tum verò incipit contumax fieri, eáque contumacia iuſtam cauſſam præbet condemnationi. Itaque arbitrium illud iudicis poſt rei adiudicationem loco iuſtæ obligationis eſt ad inducendam condemnationem, quæ alioqui proculdubio induci nulla poſſet. Ridiculè igitur interpretes & pragmatici arbitrium illud pro condemnatione habent, cùm dicere nequeant quo iure aduerſus non obligatam ea ſequi poſ-
10 ſit condemnatio. Nec ſubtiliores ij qui arbitrarias † actiones ex eo arbitrarias dictas volunt, quòd in illis non niſi arbitrio iudicis condemnatio infligatur. Nam imò verò quotquot ſunt arbitrariæ actiones, propriam certámque hebent neceſſariæ condemnationis irrogandæ rationem quæ non patiatur vt liceat iudici aliam pœnam, quàm quæ legibus conſtituta eſt irrogare. Exemplum eſto in directa rei vindicatione. Nam ſi reus rem reſtituere iuſſus non pareat, nihil aliud hodie facere iudex poteſt, niſi vt vel manu militari poſſeſſionem rei adiudicatæ auferat poſſeſſori, transferátque in petitorem, ſi reus poſſideat, vel ſi dolo deſierit poſſidere, condemnet eum quanti actor ſine vlla exceptione iurauerit. Ea namque condemnationis forma expreſſim diſertéque præſcripta eſt in *dict. l. qui reſtituere.* In actione hypothecaria ſi neque rei obligatæ poſſeſſio tradatur, neque pecunia debita ſoluatur, nihil aliud facere iudex olim potuit, niſi vt poſſeſſorem condemnaret ad præſtandam litis æſtimationem, id eſt, quanti creditoris intereſſet, *l. ſi inter 21. §. vlt.* D. *de pignor.* Hodie iuſiurandum in litem neceſſariò deferendum erit in eo caſu quem Tribonianus ſub Marciani nomine expreſſit in *dict. l. ſi fundus 16. §. in vendicatione. eod.* In actione quod metus cauſſa non poterat olim condemnatio alia eſſe quàm quadrupli, in actione de dolo eius quod actoris intereſſet. *dicta l. item ſi cum 14. §. quatenus & paſſim. De eo quod metus cauſſ. dicta l. arbitrio. in princip.* De *dolo.* Hodie in vtraque iurabitur in litem poſt corruptum à Triboniano Pauli reſponſum in *dicta l. arbitrio. §. 1.* Denique nullum in arbitrariis actionibus arbitrium iudicis verſatur quod ad infligendam condemnationem: ſed tantùm ad litem in eum ſtatum deducendam, vt ſi non parebitur ſequi poſſit condemnatio. Sed neque arbitrium illud quod præcedere debet condemnationem, ſic accipiendum eſt quaſi poſſit iudex pro arbitrio hoc aut illud iubere, ſed ita potiùs vt omnimodo cogatur iudex arbitrari, rem reſtitui debere, quoniam & alius vir bonus quilibet ſic arbitraretur. Fuit autem hic error non modò interpretum imperitiorum, ſed etiam Triboniani, ni fallor in *l. videamus 4. §. iurare* D. *de in lit. iurand.* vt probauimus *dicto cap. 17. lib. 6. Coniecturarum.* Ex quo loco & alia pleraque peti volumus quæ hîc tractari commodè poſſent. Sed iſta dixiſſe ſufficiat vt arbitrariarum actionum ius & natura intelligatur.

ERROR

ERROR QVINTVS.

De actionibus arbitrariis hodie ſublatis.

SVMMARIA.

1. *Actiones quæ olim arbitrariæ dictæ, cur hodie nullo modo arbitrariæ dici queant. & num. 9.*

2 *Quàm à iuris ratione ſit alienum quod ſcribit Tribonianus ſub Vlpiani nomine, in l. qui reſtituere. 63. D. de rei vindic. de poſſeſſione per manum militarem auferenda.*

3 *Iuſiurandum in litem cur inductum.*

4 *Triboniani inſcitia, & incogitantia. n. 6.7.*

5 *Eſt contra iuris rationem vt in interdictis iuretur in litem:*

8 *Tribonianus corrupit omnes ferè iuris antiqui locos qui de in litem iurando tractabant.*

NEMO ante nos dixit quod aduerſus interpretum, & pragma-
ticorum omnium errorem nos probandum nunc ſuſcipimus,
arbitrarias actiones hodie omnes ſublatas eſſe: non eo qui-
dem ſenſu quaſi vindicatio hypothecaria, actiones Quod me-
tus cauſſa, De dolo, & ad exhibendum, aliæque huiuſmodi
arbitrariæ in vſu ampliùs nõ ſint, ſed vt † quæ olim arbitrariæ fuerũt, dici ho- 1
die arbitrariæ nullomodo poſſint. Moueor ex eo quòd actiones iſtas arbitra-
rias iuris noſtri autores non ex alio æſtimabant quàm ex arbitrio illo iudicis
quod præcedere neceſſe erat vt ſequi poſſet condemnatio: propterea quòd ar-
bitrium illud eſſet vice & loco iuſtæ obligationis, quam condemnationis cu-
iuſlibet matrem eſſe non malè quis dixerit. Condemnationi enim cauſſam
præbebat contumacia poſſeſſoris rem reſtituere & arbitrio parére nolentis.
Atqui hodie nulla in huiuſmodi actionibus fertur condemnatio. Extat
enim Triboniani, & quod idem eſt, Iuſtiniani ſententia ſub Vlpiani no-
mine prodita in *l. qui reſtituere 63. D. de rei vendic.* Si is qui reſtituere iuſſus
eſt non pareat iudici, manu militari aufferẽdam ab eo poſſeſſionem, & in pe-
titorem transferendam, nimirum cùm eam reus poſſidet, eiúſque reſtituendæ
habet facultatem. Proinde cùm non poſſit hodie reus non parére arbitrio
iudicis rem reſtitui iubentis, quandoquidem manu militari executio fit, con-
ſequens eſt vt irrogandæ condemnationi locus nullus relinquatur, quam il-
lud vnum poſſet inducere ſi non arbitrio pareretur. Et verò poſtquàm pe-
titori res ſua reſtituta eſt, ſiue manu militari, ſiue aliter executio facta ſit,
quænam, obſecro, ſupereſſe poteſt ferenda condemnatio? Niſi fortè fru-
ctuum nomine, vt additum eſt in *d. l. qui reſtituere.* Ex eóque nimirum appa-
ret quàm ſit † alienum à iuris ratione, & conſequenter Triboniano potius 2
quàm Vlpiano adſcribendum quod ſcriptum eſt in *dict. l. qui reſtituere*, de
poſſeſſione per manum militarem aufferenda. Quid enim abſurdius quàm
executionem fieri, adeóque manu militari, priùs quàm perueniatur ad con-
demnationem? Aut quid inciuilius, quàm manum militarem adhibere, non
dicam in executione iudicati quàm per apparitores, & magiſtratuum mini-
ſtros fieri honeſtius & melius ſemper habitum eſt, ſed in eum qui nondum
iudicatus ſit? Præſertim cùm aduerſus eum alia ratione non modò ciuiliore,
ſed etiam actori commodiore peragi iudicium poſſit, ordine iuris non tur-
bato. Seruata ſcilicet ea forma quam vetus iuriſprudentia induxerat, vt ſi ag-

bitrio parére reus nollet, condemnaretur quanti actor in litem iuraſſet. Nam
ſi nec Tribonianus ipſe negat, actori permittendum eſſe vt in litem iuret,
& quidem ſine taxatione quoties reus dolo deſiit poſſidere, quia eo caſu cùm
non habeat rei reſtituendæ facultatem fruſtra petitor manum imploret mili-
tarem. Quidni etiam iurabitur in litem aduerſus poſſeſſorem qui inuito do-
mino rem alienam retinere velit? An dignus eſt cum quo mitiùs agatur qui
rei quam poſſidet reſtitutionem dolo malo recuſat, quàm qui dolo malo de-
ſiit poſſidere? An verò duriùs plectitur is à quo per manum militarem res
auffertur, quàm qui in tantam quantitatem damnatur quanti actor ſine vlla
taxatione iurauerit? Imò multò mitiùs, & conſequenter durior fit conditio
actoris ſi iuſiurandum in litem ſibi deferri quàm rem ſuam ſibi reſtitui ma-
lit. Et verò ſi ita iuris veteris ratio tuliſſet vt aduerſus iniuſtum alienæ
rei poſſeſſorem executio per manum militarem fieri, ab eóque poſſeſſio in
actore u transferri debuiſſet, nulla fuiſſet neceſſitas inducendæ delationis
iuriſiurandi, niſi vno illo caſu quem Tribonianus intactum reliquit ſi poſ-
ſeſſor eam rem alienam dolo malo poſſidere deſiiſſet, *dict. l. qui reſtituere.* Cõ-
ſtat enim nunquam niſi ex iuris neceſſitate in litem iurari: *l. vltim.* D. *de in lit.*
iurand. Neceſſitas porrò nulla eſt cùm manu militari domino, qui in vindi-
catione obtinuit ſuccurri poteſt vt rei ſuæ poſſeſſionem nanciſcatur. Atqui
certum eſt vel hanc vnam maximè ob cauſſam inductum fuiſſe à prudentibus
3 iuſiurãdum † in litem, ne cui liceret alienam rem inuito domino retinere, *l. ſi*
filiofamilias 25. §. 1. D. *ſolut. matrim.* ac proinde eo potiſſimùm caſu quo rei
poſſeſſio penes reum eſſet, non quo is dolo malo poſſidere deſiiſſet. Quam-
quam enim eum quoque qui dolo malo poſſidere deſiit pro poſſeſſore habe-
mus, quia dolus pro poſſeſſione eſt, præſertim ſi verus poſſeſſor igno-
retur, nemo tamen dixerit rem alienam retineri ab eo qui dolo malo de-
ſiit illam poſſidere. Retentio enim nulla eſſe poteſt, niſi vbi realis veráque,
non ficta poſſeſſio eſt. In eo igitur elucebat vis & poteſtas actionis arbitra-
riæ: quòd ſi poſt adiudicationem dominii vel hypothecæ poſſeſſor rẽ re-
ſtituere iuſſus non parebat, condemnatio ſequebatur quanti actor in litẽ iu-
raſſet: nulla alia parendi neceſſitate iniuncta niſi metu futuræ eiuſmodi con-
demnationis, ad quam vſque liberum erat reo parêre & effugere condemna-
tionem. *l. item ſi cum* 14. *§. hac autem actio.* D. *de eo quòd met. cauſſ.* De manu
militari adhibenda nunquam prudentes tractabant ne quidem in exequen-
do iudicato, ac multò minùs contra non condemnatum. Eſt enim id ſanè a-
lienum à publica honeſtate legúmque autoritate, *l. 1. §. 2.* D. *ſi ventr. nomin.*
4 *mul. in poſſeſſ. miſſ. l. 1. Cod. de offic. milit. iudic.* Triboniani † verò inſcitiam illud
apertiùs detegit quòd in cæteris omnibus tam in perſonam quàm in rem a-
ctionibus ex quibus quid non reſtituitur arbitrio iudicis, idem omnino iu-
ris conſtitutum voluit quod in vindicatione, *dict. lege qui reſtituere.* Sic enim
in fine legis ſcribit. *Hac ſententia generalis eſt, & ad omnia ſiue interdicta, ſiue*
actiones in rem, ſiue in perſonam ſint, ex quibus arbitratu iudicis qui reſtituitur lo-
5 *cum habet.* Et tamen defendi ex iuris † ratione nullomodo poteſt iurari in li-
tem in interdictis, in quibus ſcilicet non de dominio agitur, ſed de ſola
poſſeſſione, ſicut in actionibus *De eo quod met. cauſ.* & *De dolo*, quæ arbitra-
6 riæ ſunt: vt in ſequentibus dicemus. Sed & idem Tribonianus † in *l. ſi fundus*
16. *§. in vindicatione. De pignor.* (nam & locus ille totus Triboniani eſt, aut
ſaltem à Triboniano corruptus, vt probauimus *ſup. cap. 1.*) ſui erroris
immemor

immemor admittit,ſi poſſeſſor hypothecaria conuentus cùm poſſideat nolit reſtituere condemnari eum debere, nec de auocanda transferendáque per manum militarem ab eo poſſeſſione,verbum vllum. At neque de iureiurando in litem niſi vno illo caſu quo poſſeſſor non ſolùm dolo malo deſiit poſſidere,ſed etiam quod eſt abſurdius, ſumma ope niſus reſtituere, tamen non potuit:in quo euidenter deteriorem facit conditionem eius qui poſt amiſſam dolo malo poſſeſſionem,fecit quantum in ſe fuit vt eam reciperaret ac reſtitueret, quàm illius qui poſſeſſionem nunquam amiſit, eámque etiamnum retinet non ſolùm poſt hypothecæ adiudicationem, ſed etiam poſt arbitrium latum de ea poſſeſſione reſtituenda. Cùm ex contrario in omni parte iuris dolus poſſidentis & eius qui reſtituendæ rei habeat facultatem longè magis coercendus ſit. Nam nec aduerſus eum qui dolo malo poſſidere deſiit aliam ob cauſſam iurari ſolet quàm quia is pro poſſeſſore habeatur. Sed & in eo ſe ſui †immemorem præſtat Tribo- 7
nianus, quod cùm in directa dominii vindicatione tanti condemnari reum velit qui dolo deſiit poſſidere,quanti actor ſine vlla taxatione in litem iurauerit, *d. l. lege qui reſtituere*. Idem tamen Tribonianus alio in loco,is eſt in *lege arbitrio* 18. D. *de dolo*, vult in actionibus *De dolo* & *Quod metus cauſſa* iurari quidem in litem poſſe, ſed ita tamen vt non niſi ad certam vſque quantitatem à iudice taxandam. Ita fit vt peruerſa iuris ratione corruptiſque †omnibus ferè iuris antiqui locis qui de in litem iurando tracta- 8
bant,vix hodie certi quicquam in toto hoc tractatu habeamus: quod & ex alijs quæ ſubiiciemus clariùs intelligetur. Illud nunc concludimus, ſi vindicationis & arbitrariarum †actionum omnium idem ius eſt vt manu militari 9
cogatur reus arbitrio parere, nec vlla ſequi debeat poſsitve condemnatio niſi fructuum nomine & acceſſionum, arbitrarias actiones hodie nullas eſſe:quia licèt arbitrium illud ſublatum non ſit,tamen non tam ex eo arbitrio æſtimantur & arbitrariæ appellantur,quàm quòd ſi arbitrio non pareatur,infligenda ſit condemnatio *§. præterea. Inſt. de action.* Niſi quis dicat arbitrium illud hodie conuerſum eſſe transfuſúmque in condemnationem: Quod ſi ita eſt multò minus igitur arbitrariæ dici poterunt ſublato arbitrij non ſolum nomine,ſed etiam iure. Sic enim comparatæ ſunt vt in ijs non minus neceſſe ſit arbitrium præcedere quàm ſequi condemnationem: neque fieri vllomodo poteſt vt eadem vox & pronuntiatio iudicis & arbitrij, & condemnationis iure cenſeatur, quando nec arbitrium neceſſarium eſt niſi ad inducendam condemnationem, nec condemnatio irroganda niſi ad coercendam eius contumaciam qui arbitrio parere cùm poſſet & deberet,ſine cauſſa recuſauit. De cæteris actionibus arbitrariis iam videamus.

ERROR SEXTVS.

De in litem iurando in actionibus De dolo, & Quod metus cauſſa.

SVMMARIA.

1 *Iuſiurandum in litem qua de cauſa inductum*

2 Iurari in actione de dolo & de eo quod metus cauſa non oportet.

3 In actionibus de dolo, & de eo quod metus cauſa quæ condemnatio fieri debeat, ex edicto prætoris. & nu. 7.

4 Conuenientia & differentia inter actionem de dolo, & actionem de eo quod metus cauſſa.

5 Nulla actio eſt prætoria, in qua iuretur in litem, excepta Publiciana.

6 Iuſiurandum in litem eſt auxium iuris ciuilis ex neceſſitate comparatum aduerſus eos quorum dolus non aliter, aut meliùs vindicari poteſt.

8 Quomodo quadrupli pœnam irrogari ei qui vim aut metū intulit velint veteres gloſſatores, quos ſecutus eſt Cuiacius: & ſententiæ quæ Cuiacio placui refutatio. nu. 9.

10 Error Bartoli & ſequacium qui putāt in actoris electione eſſe debere an aduerſus eum qui vim aut metum intulit iurare in litem velit, an quadrupli pœnam perſequi.

1 SI verum eſt quod quoties inculcauimus, iuſiurandum † in litem non alia de cauſſa deferri poſſe quàm ne quis inuitus & aduerſarij dolo cogatur re ſua carere, eámque iniuſto pretio vendere, *l. ſi filiofamilias* 25. §. 1. D. *ſolut. matr. l. non enim.* 9. D. *rer. amot. l. tutor* 8. D. *de in lit. iurand.* niſi cùm facti neceſſitas eò adigit iudicem vel inuitum vt iuſiurandum deferre cogatur, quod euenit quoties ſine delatione iuriſiurandi æſtimare non poteſt rem, quæ non extat *l. in actionibus* 5. *plane. D. eod.* facilè perſpicere & inferre quiuis poteſt, iu-
2 rari † ergo in actionibus *De dolo*, & de eo *quod metus cauſſa* non oportere. Neque enim dubium eſt quin ex venditione aut alia qualibet alienatione per vim aut metum, aut dolum exorta dominium transferatur, nec priùs vindicatio competat veteri domino quàm reſciſſa ſit alienatio ex edicto *l. metum 9. §. licet. & §. volenti Digeſt. de eo quod. met. cauſſ. l. ſi dolo 5. C. de reſcind. vendit.* Proinde cum is qui agit ex edicto *Quod met. cauſ.* aut *de dolo* non tā rem ſuā petat quàm alienam, nec neceſſitas vlla ſit propter quā iurari in litem oporteat, apparet nullum ex iuris ratione aut æquitate in his actionibus iuri iurando locum eſſe. Habet enim
3 edictum prætoris ſuas certaſque pœnas & cōdemnationes in vtraque † actione cōſtitutas, ſcilicet vt qui vim vel metum intulit condemnetur in quadruplum *l. item ſi cùm* 14. §. 1. D. *quod met. cauſſ.* qui verò dolum in omne id quod re vera intereſt actoris *l. arbitrio* 18. *in princip. & paſſ.* D. *de dolo.* Nec quod ad iuſiurandū in litem pertinet, differentia vlla eſſe poteſt inter hanc & illam a-
4 ctionem. Vtraque † enim actio arbitraria eſt. Vtraque in perſonam, tametſi actio quod metus cauſſa in rem ſcripta ſit, actio de dolo non item. Itaque cùm tot & tam multi in toto iure noſtro ſint loci qui de actionibus tractant, nullibi tamen reperias iuriſiurandi mentionem fieri, præterquàm in *dict. lege arbitrio* 18. §. 1. cùm tamen vel id maximè exprimi debuiſſet, adeóque verbis ipſis edicti ſi verè & ex iuris ratione dici potuiſſet. Neque ſanè videre poſſum quomodo ea actio quæ ex prætoris edicto comparata eſt alias pœnas & condemnationes capere poſſit, quàm quæ edicto ipſo ſunt con-
5 ſtitutæ: Neque rurſum memini actionem † vllam eſſe prætoriam in qua iuretur in litem, ſiue in rem ſit, ſiue in perſonam, excepta fortaſſis Publiciana, quoniam illa ad exemplum vindicationis datur, & eo colore quaſi actor dominium nactus ſit & iam vſucapionem compleuerit, quam tamen re vera nondum compleuit: Vnde illud fit vt eadem omnia in Publiciana actione obtineant, quæ obtinēt in directa rei vindicatione, quia ad proprietatem reſpicit non ad poſſeſſionē, *lege ſed etſi res 7. alias 7. lege. cùm*

qui

qui §. publiciana actio. & §. in publiciana D. de publician. in rem action. Et ve-
rò dubitari, meo iudicio, non poteſt, quin iuſiurandum † in litem au- 6
xilium ſit iuris ciuilis ex neceſſitate comparatum aduerſus eos quorum dolus
non aliter aut meliùs vindicari poſſe videbatur: Cuius auxilii nulla por-
rò neceſſitas eſt iis caſibus quibus ex iuriſdictione prætoris alia ratione & tu-
tiùs & commodiùs prouideri poſſe viſum eſt. An non enim ſatis plectitur
is qui propter vim illatam aut metum ſi arbitrio iudicis rem reſtitui iuben-
tis non pareat, in quadruplum † condemnatur? Humaniter ſanè & clemen- 7
ter cum eo prætor agit, qui liberum illi eſſe vult vt ad ſententiam vſque poſ-
ſit pœnam euitare ſi arbitrio parére, rémque cum omni cauſſa reſtituere ma-
lit *d. l. item ſi cùm. §. 1.* Sed ſi pergat eſſe contumax in non reſtituendo, grauiſſi-
ma pœna eſt quadrupli, qua nec grauior vlla alia eſt in toto iure ſiue ciui-
li ſiue prætorio. *§. omnes autem. Inſtitut. de action.* Scio fuiſſe † ex veteri- 8
bus gloſſatoribus qui putarunt ſententiam edicti *Quod metus cauſſa*, hanc eſſe
vt quadrupli quidem pœna irrogetur ei qui vim aut metum intulit ſi arbi-
trio parére nolit, ſed ita tamen vt ſimplum illud quod quadruplandum eſt,
& ex cuius comparatione quadrupli rationem poni oportet, per actoris iuſ-
iurandum in litem æſtimetur. Quam interpretationem ex recentioribus
quoque vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius, cùm meliùs nihil haberet quod
diceret in ſuis ad eum titulum commentariis ſecutus eſt. Sed diſplicuit † ea 9
interpretatio *Accurſio, Bartolo* cæteriſque melioris notæ interpretibus, nec
immeritò: cùm neque in edicto, neque in edicti interpretatione mentio
vlla facta ſit huiuſmodi iuriſiurandi. Imò ex contrario ſcriptum eſt in
dict. leg. item ſi cùm. §. quadruplatur, quadruplari quanti res eſt cum fru-
ctibus & omni cauſſa, id eſt omne id quod ex arbitrio iudicis reſtitui opor-
tuit. Non igitur quanti actor in litem iurauerit, ſed quanti re vera i-
pſius interfuerit. Nam præter id quòd ſunt iſta non modò diuerſa, ſed
etiam pugnantia, condemnari reum quanti actoris interſit, & condem-
nari quanti actor in litem iurauerit, *l. qui reſtituere* 63. D. *de rei vendicat.*
dict. lege, tutor 8. *de in lit. iurand. leg. ſemper* 15. *§. hoc interdicto.* D. *quod
vi aut clam.* Nemo vnquam dixit, in hac actione *quod metus cauſſa* iudicis
arbitrio contineri debere vt qui conuenitur iubeatur reſtituere quanti actor
ſua intereſſe in litem iurauerit. Solet enim iuſiurandum in litem ex eo po-
tiſſimùm induci, quòd arbitrio iudicis non pareatur. Atqui idipſum qua-
druplandum eſt, quod ex arbitrio reſtitui debuit. Ergo neque in ſimplo,
neque in quadruplo conſtituendo iurari in litem poteſt, præſertim cùm
fructuum quoque & totius cauſſæ æſtimatio quadrupletur, quo nomine
iuſiurandum deferri prorſus inauditum eſt. Neque tamen felicior † *Barto-* 10
lus, & qui *Bartolum* ſecuti ſunt interpretes cæteri, exiſtimantes in actoris e-
lectione eſſe debere an aduerſus eum qui vim aut metum intulit iurare in
litem velit, an quadrupli pœnam potiùs perſequi. Nã cùm actio *quod metus
cauſſa* tota ſit prætoria, nec niſi ex edicto competat, qui fieri obſecro poteſt,
vt aduerſus edicti formã detur? Aut quis vnquàm audiit iurari vllo caſu in li-
tem poſſe, cùm actori abũdè cõmodéque cõſuli aliter poteſt? Aut denique cur
nõ liberabitur is qui vim fecit, aut metũ ſi eam pœnã præſtare paratus ſit quę
edicto cõſtituta eſt, id eſt quadruplũ? Idẽ ferè in actione *de dolo* tractari poteſt.
Nã vt iam diximus ex edicto quoque *De dolo* certa pœna cõſtituta eſt aduer-
ſus doloſum non parentem arbitrio iudicis rẽ reſtitui iubentis. Nimirum ve-

quanti ea res eſt, id eſt quanti actoris re vera intereſt, condemnetur: *dict. lege arbitrio in princip.* Idque adeò verum eſt vt ſi quando talis caſus contingat in quo non poſſit arbitrio locus eſſe, vt puta ſi certum ſit rem reſtitui amplius non poſſe, fortè quòd extare deſierit, rectà perueniri poſſit ad eam con-
11 demnationem *d. l. arbitrio. §. non tamen.* Ex quibus apparet † non poſſe Iureconſulto tribui quod in *d. l. arbitrio* ſcriptum eſt in hæc verba, *Ideo autem hic & in metus cauſſa actione certa quantitas non adijcitur, vt poßit per contumaciam ſuam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iurauerit, ſed officio iudicis debet in vtraque actione taxatione iuſiurandum refrænari.* Nihil enim dici potuit aut falſius aut ineptius: Cùm in actione quod metus cauſſa quantitas certa adiecta ſit, quadrupli ſcilicet vt probauimus, quæ proinde nullum delationi iuriſiurandi locum relinquit. In actione autem de dolo etſi certa quantitas adiecta non eſt, non tamen ideò id fit vt liberum ſit iudici deferre iuſiurandum, ſed quia eius quod re vera intereſt quantitas ſemper eſt incerta, quandoquidem quatenus cuiuſque interſit, in facto non in iure conſiſtit. *l. quatenus 24. de regul. iur.* Neque enim æquum viſum eſt tam grauiter puniri eum qui nihil niſi dolum admiſit, quàm eum, qui vim quoque aut metum intulit: cùm vis non poſſit eſſe ſine dolo, & ſit pluſquàm dolus, *l. 1. D. quod met. cauſſ.* Eſt igitur Triboniani tota illa clauſula, quæ huic tam craſſo errori cauſſam ſola dedit. Eſt enim merum Triboniani inuentum & commentum illud vt in actionibus omnibus arbitrariis ſiue in rem ſiue in perſonam ſint, iuretur in litem, *l. qui reſtituere 63. D. de rei vindicat.* quod à nobis iam ſatis ſuperque in ſuperioribus comprobatum eſt. Sed in eo tamen ſui immemor Tribonianus fuit, quod in *d. l. arbitrio* ſcripſit in vtraque actione De eo quod metus cauſſa, & de Dolo refrænandum eſſe, vt ille loquitur, iuſiurandum taxatione officio iudicis. Nam in *d. l. qui reſtituere* idem Tribonianus magis probat vt tanti reus condemnetur quanti actor in litem ſine vlla taxatione iurauerit. Et quamuis lex illa ſit de directa rei vendicatione, ſequitur tamen in eadem lege, ſententiam illius legis generalem eſſe ad omnes actiones, ſiue in rem, ſiue in perſonam ſint, ex quibus non reſtituitur id quod arbitrio iudicis reſtitui videtur. Itaque vel falſum eſt quod ait ea lex, vel quod Tribonianus in *dict. l. arbitrio* iuſiurandum in actionibus De *dolo* & *Quod metus cauſſa* officio iudicis refrænandum eſſet per taxationem. Nec ſanè verum puto taxationem iuriſiurandi vllo caſu fieri à iudice debere, præterquàm in ſpecie, *l. ſi quando 9. Cod. vnde vi*, vt in ſequentibus dicemus. Atqui, inquies, Triboniani errores hi omnes ſunt quos tota hac Decade & ſuperiore refutaui-
12 mus, non interpretum aut pragmaticorum. Ego verò Tribonianum † pro interprete habeo & quidem ſatis malo & imperito, non pro iuris autore: Neque tamen interpretes alios excuſo, qui ſi omnia, vt par erat, ex iuris ratione æſtimare didiciſſent, facillimè, vt à nobis factum eſt, Triboniani inſcitiam &
13 audaciam detexiſſent. Sed & in eo videtur mihi parum ſibi † conſtare Tribonianus, quod in *dict. l. arbitrio* vult indiſtinctè iurari in litem in actionibus *Quod metus cauſſa, & de dolo*: id eſt non adhibita ea diſtinctione, an ipſius rei reſtituendæ facultatem reus habeat, necne. Quæ tamen diſtinctio prorſus neceſſaria eſt ſi in cæteris omnibus arbitrariis actionibus idem iuris eſt quod in vindicatione, vt ait *dict. l. qui reſtituere.* Nam qui reſtituere iuſſus iudici non paret ſi habeat poſſeſſionem & reſtituendæ rei facultatem, cogendus eſt manu militari vt eam poſſeſſionem à ſe auocari & in aduerſarium

trans-

Digitized by Google

transferri patiatur ſi Triboniano credimus in *dict. l. qui reſtituere.* Quidni enim idem obtinebit in actione quod metus cauſſa, quæ & concurrere poteſt cum vtili in rem actione *dict. l. metum. §. licet. & §. volenti* D. *quod met. cauſ.* Sed cùm neque in tit. *Quod met. cauſſ.* neque alio vllo iuris loco ſcriptum reperiamus tam inciuiliter agi cum eo qui vim aut metum intulit, vt per manum militarem poſſeſsio ei auferatur, vel ex eo maximè intelligimus nullo caſu eam extorquendæ poſſeſsionis rationem prudentibus placuiſſe. Nam ſi quando manus illa militaris permittenda eſſet tùm certè id obtineret cùm aduerſus violentum doloſúmque poſſeſſorem ageret, cuius cauſſam vtique nemo negauerit odioſiorem eſſe quàm eius qui bona fide iuſtóque titulo poſſeſsionem rei alienæ nactus directa rei vindicatione conuenitur. Qui plura hac de re ſcire volet, legat quæ ſcripſimus *lib. 16. cap. 18.*

ERROR SEPTIMVS.

De in litem iurando in interdictis.

SVMMARIA.

1 *Ex iuris ratione fieri nequit vt in interdictis vllo caſu iuretur in litem.*
2 *Superioris pronuntiati ratio prima.*
3 *Secunda.*
4 *Si quo caſu ex cauſa interdicti iurari in litem poſſet, iuraretur maximè in interdicto, vnde vi, quod tamen iure Pandectarum non fit.*
5 *Vnde colligant interpretes & pragmatici in interdictis iurari in litem.*
6 *L. ſemper 15 §. ſed quod interfuit. D. quod vi aut clam, à Triboniano interpolatam eſſe.*

PRODERVNT quæ proximo capite diſputauimus, vt facilè quiuis poſsit intelligere, fieri nullomodo poſſe ex iuris ratione vt in interdictis vllo caſu in litē iuretur. Primùm quia interdicta omnia ſunt ex edicto & iuriſdictione prętoris cōparata, ac proinde ex ipſis edicti verbis apparet in quam rē competant, & quid venire debeat in condemnationem. Vt plurimùm autem ſolet prætor interdictorum formulas ſic concipere, vt condemnatio fiat quanti res eſt, id eſt, in id quod intereſt actoris vt ex interdictorum omnium inſpectione & enumeratione comprobari poteſt. At de iureiurando in litem deferendo nulla edicti prætorij parte cautum eſt, multò minùs verò in ea quæ pertinet ad interdicta. Cur ergo aut quo iure licebit iudici de interdictis iure cognoſcenti deferre iuſiurandum, & ab ea condemnatione irroganda diſcedere, quæ edicti verbis certa iuſtáque conſtituta eſt? Illud enim procerto & explorato ſemper habendum eſt quod toties monuimus, Iuſiurandum in litem auxilium eſſe iuris ciuilis, eo demum caſu inducendum quo alia ratione proſpici non poſsit actoris indemnitati, *l. vltim. D. de in lit. iur.* Nam & inde fit neque in legis Aquiliæ actione, tametſi ex dolo malo occiſus ſeruus proponatur, neque in alia vlla ciuili actione quæ ſuam certámque pœnam habeat in litem vnquam iuretur. Alia ratio eſt propter quā in interdictis iurari numquam oportet, quia numquam in interdictis de proprietate diſputatur, ſed ſemper de poſſeſsione. Sunt enim omnia interdicta aut adipiſcendæ aut retinendæ, aut recuperandæ poſſeſsionis: Et cùm dici-

mus tanti reum condemnari quanti res eſt in interdicto, non ad proprietatis & dominij, ſed ad ſolius poſſeſſionis æſtimationem reſpicimus, vt contra Seruium Vlpianus iam olim diſputauit in *l. 3. §. vltim. D. vti poſſidet.* Hoc nimirum ſenſu vt tanti condemnetur reus quanti intereſt actoris poſſidere, quemadmodum Paulus loquitur in *l. interdicto 6. D. vnd. vi.* licèt vt ibidem Paulus ſubjicit, euenire facilè poſſit vt pluris interſit actoris quàm quanti ipſa rei proprietas eſt. Vtputa ſi quæſtionis habendæ aut rei probandæ, aut hereditatis gratia interſit actoris ſeruum à ſe poſſideri. Atqui iam ſæpiùs illud quoque diximus iuriſiurandi in litem deferendi potiſſimam cauſſam vel hanc vnam eſſe ne dominus inuitus re ſua carere eámque iuſto pretio vendere cōpellatur, *leg. tutor. 8. D. de in lit. iur. l. ſi filiofamilias 25. §. 1. D. ſolut. matr. l. non enim 9. D. de rer. amot.* quæ ratio non poteſt locum habere cùm non de dominio quæritur, ſed de poſſeſſione. Nihil ergo cauſſæ eſt, cur ei qui interdicto experitur, iuſiurandum in litem deferri debeat, cùm ſi ſit dominus, nihilomagis prohibendus ſit vindicationem exercere quòd interdicto priùs egerit, quandoquidem nihil commune habet proprietas cum poſſeſſione, vt in hunc ipſum ſenſum ab Vlpiano ſcriptum eſt in *l. naturaliter 12. §. nihil commune. D. de acquir. poſſeſſ.* Satiſque actori in eo conſultum eſt quod ſi interdicto vincat, tantum conſequitur, quanti ſua intereſt. Et

4 verò ſi quo† caſu ex cauſſa interdicti iurari in litem poſſet, iuraretur maximè in interdicto *vnde vi.* Eſt enim illud omnium pleniſſimum, habétque vberrimas præſtationes, quia nec vllius poſſeſſionis fauor tantus eſt, quantus recuperandæ illius, quæ per vim aduerſarij extorta eſt, vt ex eo conijci poteſt quod tandem hoc caſu factum eſt ex Zenonis conſtitutione in *l. ſi quando C. vnde vi*, vt in litem iurari poſſit. At toto Pandectarum iure nulli vnquam ex prudentibus in mentem venerat vt diceret iurari in hoc interdicto debere, ſed placuit omnibus edictum prætoris, quod datur actio quanti res eſt, id eſt quanti actoris intereſt, habere poſſeſſionem de qua contenditur, *l. 1. dict. l. in interdicto 6. & paſſ. D. vnde vi.* Neque igitur credendum eſt admiſiſſe eos vt in alio vllo interdicto iuraretur. Et tamen in omnibus iurari poſſe vulgò ab interpretibus & pragmaticis† creditum eſt, hac vna ratione quod in in-

5 terdicto, *Quod vi aut clam*, idipſum disertè ſcriptum reperiatur in *l. ſemper 15. §. ſed quod interfuit. D. quod vi aut clam. Sed quod interfuit*, inquit lex, *aut per iuſiurandū in litē quod actor iurauerit aut ſi iurare non poſſit iudicis officio æſtimandum eſt.* Cur enim in eo interdicto magis quàm in interdicto, *vnde vi*, aut in alio quolibet iuraretur? Nec ſanè mala ratiocinatio eſt, ſed quæ meo iudicio concludere potiùs debeat, Non poſſe igitur verum eſſe quod volunt, in interdicto, *Quod vi aut clam* iurari, quia nec in cæteris vnquam iurari poteſt extra caſum Zenonianæ conſtitutionis. Quid ergo ad verba illa quæ

6 proximè retulimus, reſpōdebimus? Hoc vnum, meo iudicio, † Triboniani eſſe non Vlpiani. Quis enim Iuriſcōſultorum ſic vnquam locutus eſt? *Iuſiurādum quod in litem actor iurauerit.* Aut quis vnquam dixit iudicem æſtimare debere quod actoris intereſt per ipſius actoris iuſiurandum in litem ſi actor iurare poſſit, aut ſi iurare nequeat, officio iudicis eam æſtimationem fieri debere? Quid enim tam à iuris ratione alienum quàm per iuſiurandum in litem fieri æſtimationem quæ officio iudicis ſine delatione iuriſiurādi æquè commode fieri poſſit? Imò verò ſic prudentes conſtituere ſolent, vt æſtimatio quæ per iudicem fieri poteſt nunquam fiat per iuſiurandum actoris, ſed ita

demùm

demùm ſi iudex ipſe eam aliter æſtimare non poſſit, vt cùm agitur de ſpecie debita, poſt moram & ante litis conteſtationem perempta, vt in *lege in actionibus, quinta, §. planè De in lit. iurand.* Atquin idem Vlpianus in *eadem leg. ſemper. §. hoc interdicto*, qui proximè præcedit, dixerat, in interdicto *Quod vi aut clam* tanti litem æſtimandam eſſe quanti intereſt actoris id opus factum non eſſe, & iudicis officio ita fieri reſtitutionem oportere, vt in omnibus eadem conditio ſit actoris, quæ eſſet futura ſi id opus, de quo actum, eſt neque vi, neque clam factum eſſet, quibus verbis an non apertè iuriſiurandi in litem deferendi poteſtas excluditur? Cùm enim iuratur, fieri certè nequit quin ex iurantis adfectione pluris res æſtimetur, quàm re vera ſit *l. 1. D. de in lit. iur.* quia neceſſariò indulgẽdum aliquid eſt adfectioni iurantis, de cuius periurio nec facilè quæri ſolet, *l. vlt. eod.* Quid enim prodeſſet iurare in litẽ ſi nullomodo adfectioni indulgeretur, tũ etiam cùm neque dolus, neque cõtumacia vlla eſt quæ venire poſſit in æſtimationem? Enimuerò Prætor cùm interdicit de operę quod vi aut clam factum eſt reſtituendo, id tantùm agit vt nullo damno afficiatur is contra quem opus vi aut clam factum eſt, non etiam vt ex eo opere lucrum & commodum aliquod conſequatur: Alioqui non ad id quod actoris intereſſet, daretur interdictum, ſed ſuprà etiam quàm intereſſet quod nunquam fit. Sed cùm ita Tribonianus ſcriberet, ac elegantem verámque Vlpiani ſentẽtiam corrumperet, meminerat præclaræ, ſi diis placet, illius ſententiæ, quam ſub eiuſdem Vlpiani nomine intruſerat in *l. qui reſtituere. 63. de rei vindicat.* vbi ſcriptum eſt in interdictis omnibus, ex quibus nõ reſtituitur id quod reſtitui iubetur perinde ac in vindicatione iurari in litem oportere: quaſi verò nihil hac parte interſit an vindicatione quis experiatur, an interdicto, & an de proprietate, an de poſſeſſione. Quod tamen etiamſi ita eſſet, facere deberet vt aliud iuris in interdicto Quod vi aut clam cõſtituendum eſſet, quàm quod in *d. §. ſed quod interfuit*, cõnſtituatur. Permittendum namque eſſet actori vt manu militari operis per vim aut clam facti reſtitutionem vrgeret, ſi per rerum naturam fieri id poſſet, quia & in vindicatione idem ſeruatur, cùm poſſeſſor habet rei reſtituendæ facultatem, *d. l. qui reſtituere.* Sed & diſtinguendum eſſet, ſi opus in priſtinum ſtatum non reſtitueretur, an id eueniret dolo malo eius qui opus vi aut clam feciſſet, an ſine dolo, nec aliter contra eum in litem iurari oportere quàm ſi dolo malo feciſſet, ne in priſtinum & integrum ſtatum omnia poſſent reſtitui, quoniam & in vindicatione eadem diſtinctio à Triboniano adhibetur in *d. l. qui reſtituere.* Sed & illud exprimere Tribonianus debuerat, An iuſiurandum illud quod in eo interdicto vult poſſe deferri, taxatione aliqua refrænandum ſit, vt idem Tribonianus loquitur in *l. arbitrio 18. in princip. D. de dolo*, an verò tanti condemnandus ſit reus qui opus vi aut clam fecit quanti actor ſua intereſſe ſine vlla taxatione iurauerit, vt in *d. l. qui reſtituere.* Neque enim ſciri poteſt vtrum probabilius Triboniano fuerit, qui nec hoc, nec illud exprimere potuit quin ſecum pugnarẹt: adeò verum eſt quod vulgò dici ſolet, mendacem memorem eſſe oportere. Cætera quæ ad totam hanc quæſtionem pertinent, petenda erunt ex iis quę fuſiùs ſcripſimus *lib. 16. Coniect. cap. vlt.*

ERROR OCTAVVS.

De iureiurando Zenoniano.

S.V M M A R I A.

1 *Iuſiurandum Zenonianum quodnam ſit, & quando ei ſit locus.& n.4.*

2 *In quo Zenonis conſtitutio in l. ſi quando 9.C.vnde vi.nouũ in ius fecerit.*

3 *Iuſiurandum Zenonianum neceſſitatis potius quam veritatis dici debet.*

5 *Iuſiurandum Zenonianum vt differat à cæteris:& nu.6.*

1 IVSIVRANDVM †Zenonianum voco quod toti iuriſprudentiæ veteri incognitum à Zenone primùm introductum eſt in *l. ſi quando 9. C. vnde vi.* Cui tum demum locus eſt cùm quis per vim inuaſit poſſeſſionem fundi, in quo plures res fuerint, quarũ nõ modò æſtimatio, ſed etiam quantitas ignoretur, ita vt aliter quam per iuſiurandum probari nullomodo poſſit. Sic enim fuerunt verba conſtitutionis: Hoc certè ſenſu ſunt accipienda. Nam ſi appareat quid & quantum fuerit ſubtractum, ratio nulla eſt proper quam actori permittendũ ſit, vt in litem iuret, cùm ex verbis edicti agens interdicto *vnde vi* conſequi poſſit quanti ſua intereſt ratione poſſeſſionis, in quo fieri poteſt vt plus etiã quàm quanti re vera res eſt contineatur, *l. in interdicto 6. D. vnde vi.* Nec difficilis huius æſtimationis ineundæ ratio eſt non ſolùm ſi res extent quæ ſubtractæ fuerunt, ſed etſi extare defierint, quo tamen caſu fieri nequit vt competat interdictum: quippe quod non competit niſi ratione poſſeſſionis, quæ porrò rei peremptæ nec ampliùs extantis nulla eſſe poteſt. Cùm verò res extant quæ ſubtractæ ſunt licèt earum reſtitutio per dolum & contumaciam violenti inuaſoris recuſetur, nulla tamen iurandi neceſſitas eſt cum æſtimari commodè poſſint ſine delatione iuriſiurandi. Debétque ſibi actor imputare cur de dominio non agat propoſita rei vindicatione, aut præparatoria actione ad exhibendum, in quo actionum genere vtique iurare poſſet, ne alioqui re ſua carere, cámque iuſto pretio vendere cogeretur. *l. in actionibus 5. l. tutor. 8. de in lit. iur. l. non enim 9. D. rer. amot. l. ſi filiofamilias 25. §. 1. D. ſolut. matrim.* At cùm neſcitur quantitas rerum ſubtractarum, fruſtrà quæratur de iis aut iureiurando actóris, aut iudicis officio æſtimandis, quin priùs de ea quantitate cognitum, certique aliquid conſtitutum
2 ſit. In eóque nimirum †Zenonis conſtitutio nouum ius fecit, ſic enim vetus proculdubio comparatum erat, vt actorẽ aliter quàm proprio iureiurando eam quantitatem probare oporteret, alioqui condemnaretur, deficiente ſcilicet non tam iure, quàm probatione. Competebat quidem interdictum inuaſis ædibus etiam earum rerum nomine quæ in ædibus tunc fuiſſet, licèt non niſi pro rebus immobilibus dari ſoleret, *l. 1. §. illud vtique. D. de vi & vi armat.* ſed ita tamen vt quænam & quales eę res eſſent probari ante omnia oporteret. Zeno primus fuit qui, nec iniquè, durum putauit exigere reum ab actore probationes quarum habendarum facultatem ipſe facto ſuo actori præripuiſſet. Itaque conſtituit vt ea quantitas per actoris iuſiurandum probari poſſet, nimirum ſi alia eius probendæ ratio nulla supereſſet. Vt non

malè

male iuſiurandum † hoc, ſi quod vnquã aliud neceſſitatis dici debeat potiùs quàm veritatis vt interpretes appellant. Quamquam enim non alia mente defertur, quàm vt ſciri poſſit quid reuera ſubtractum ſit, attamen vt ſuprà monuimus fieri numquam poteſt, vt in litem iuretur, quin iurantis adfectioni aliquomodo indulgeatur, tum maximè cùm de periurio queri nullomodo poteſt in mera probandæ veritatis impoſſibilitate. Quoties autem actori permittitur vt iuret de vera rerum ſubtractarum quantitate, illud etiã ei permitti neceſſe eſt vt iuret de ipſarum æſtimatione. Quis enim alius æſtimare poſſit rem quæ non extat? *d. l. in actionibus, §. planè de in lit. iur.* Cæterùm ſi apparere aliũde poſſit quid & quantum ſubtractũ fuerit, non eſt ferendum vt de ſola æſtimatione actori iurare concedatur, nec ſanè ad hunc caſum Zenoniana conſtitutio pertinet. Quemadmodum neque ſola illa probãdæ quãtitatis impoſſibilitas ſufficeret ad inducendum iuſiurandũ ſi cum alio quàm cum violento inuaſore ageretur. Nititur enim illa conſtitutio potiſſimum odio violenti inuaſoris. Omnia igitur iſta † concurrere neceſſe eſt vt nouæ cõſtitutioni locus fiat, primùm vt contra violẽtum poſſeſſorem agatur. Deinde vt rerum ſubtractarum quantitas ignoretur. Tertiò, quod eſt conſequens, vt ſine delatione iuriſiurandi eas res iudex æſtimare non poſſit. Denique hic vnus in toto iure noſtro caſus eſt in quo iuratur in litem non ſolùm de æſtimatione, ſed etiam de exiſtentia, vt ita dicam, rei æſtimãdæ. In quo quia maximum periculum verſatur tam ex parte actoris ne oblata propter probationum impoſſibilitatem iurandi occaſione abutatur ad peierandum, quàm ex parte poſſeſſoris, ne ex periurio aduerſarij de quo non facilè poſteà queri poſſit, maximo damno & incommodo afficiatur, æquiſſimè & prudentiſſimè prouiſum eſt à Zenone vt hoc caſu † ante delationem iuriſiurandi certam quantitatem taxare iudex debeat ad quam vſque & intra quam iuretur, ita vt neque actor ſupra eam quantitatem iurare, neque iudex de ea quantitate quæ in iuſiurandum deducta eſt, quicquàm detrahere poſſit. Quod in cæteris omnibus cauſis diuerſum ſanè eſt in quibus iurare in infinitũ licet, ac ſine vlla taxatione, quemadmodum ſequenti capite oſtendemus. Sicut autem hoc genus iuriſiurandi in litem hac parte differt à cæteris, ita & in eo quod neceſſe eſt vt † condemnationem præcedat, quia & omnino neceſſe eſt ſciri quid illud ſit de quo diſputatur priùs quàm ad condemnationem perueniatur, aliter autem quàm per iuſiurandum id ſciri, vt diximus, non poteſt. At iuſiurandum quod de ſola æſtimatione præſtatur neceſſe eſt vt ſequatur condemnationem. Tanti enim reus condemnari ſolet quanti actor in litem iurabit, non quanti iurauit, quandoquidem nec iurare actor poteſt, niſi iudice deferente, nec iudex deferre quin hoc ipſo condemnet. Proinde cum in litem iuratur nihil niſi condemnationis executio illa eſt ac veluti quædam taxatio, vt loquitur *l. ſi traditi 4. Cod. de action. emp.* Hæc verò omnia vulgo interpretes noſtri & pragmatici malè explicant, iuſiurandum hoc Zenonianum appellantes iuſiurandum veritatis, quaſi nihil diſtet ab eo de quo tractatur in *l. 3 & in d. §. planè l. in actionibus 5. D. de in lit. iurand.* aut quaſi Zenonis conſtitutio mera veráque iuris ratione nitatur, nec contineat ius nouum odio violenti inuaſoris extremáque probationum inopia, magis quàm vllo iuris colore inductum.

Ii ij

Margin notes: 3 (line 1), 4 (at "iſta †"), 5 (at "hoc caſu †"), 6 (at "vt † condemnationem")

ERROR NONVS.

De iureiurando in litem à iudice ante vel poſteà quàm præſtitum eſt, taxando.

SVMMARIA.

1. *Mos iudicum taxandi in delatione iuſiurandi in litem, certam quantitatem, intra quam iuretur, & vnde ortus ſit.*
2. *Morem relatum à iuris ratione alienum eſſe.*
3. *Diſtinctio ab interpretibus allata inter taxationem quæ fit à lege, & quæ fit à iudice, & eius reiectio.*
4. *Alia diſtinctio interpretum inter rei vindicationem, & alias actiones arbitrarias, ratione taxationis iuſiurandi, & eius refutatio.*
5. *Triboniani enegitantia notata in corrumpendis locis quæ extabant de iureiurando in litem: vbi demonſtratur iudicem taxare non poſſe quantitatem intra quam iuretur.*
6. *Aliud eſſe iurare in infinitum, aliud in immenſum.*
7. *Poteſt quæri de periurio ſi in immenſum iuretur.*
8. *Ratio quæ mouit Tribonianum vt ſtatueret iudici licere taxationem iuriiurando iniicere & eius abſurditas.*
9. *Arbitrariæ actiones cur ſic dictæ.*
10. *A Zenone primùm inductum, vt iudex certam quantitatem iuraturo præſtitueret, & cur.*

1 SOLENT † iudices quoties iuſiurandum in litem deferunt taxare
certam quantitatem intra quam iuretur, & quam excedere is qui
iurat nullomodo poſſit, ne alioqui eueniat, inquiunt, vt in infinitum
immenſúmque iuretur. Ex *l. in actionibus 5. §. 1. & l. præced. §. iurare
D. de in lit. iur. l. arbitrio* 18. *D. de dolo*, quibus locis hoc ipſum apertè ſcriptum
eſt in arbitrio iudicis eſſe vt iuſiurandum in litem taxet ſiue antè ſiue poſteà
quàm iuratum eſt, quia & ab initio, inquit lex, in iudicis arbitrio fuit an iuſ-
2 iurandum deferret necne. Ego verò ſententiam hãc duram & à iuris † ratio-
ne quàm maximè alienam eſſe ſemper exiſtimaui. Video enim ſcriptum eſſe
ab Vlpiano *in dict. § iurare*, in litem iurare licere in infinitum: quod quid a-
liud eſt, obſecro, niſi quod volo iurari poſſe ſine vlla præfinitione & taxatio-
ne? Idque apertiùs etiam ſcriptum eſt in *l. qui reſtituere 63. D. de rei vindi-
cat.* in illis verbis *tanti reus condemnandus eſt quanti actor in litem ſine vlla ta-
xatione iurauerit*, ſiue verba illa Triboniani eſſe velis, cuius totam legem eſſe
nos in ſuperioribus probauimus, ſiue Vlpiani, vt ex legis inſcriptione dece-
3 pti interpretes vulgò arbitrantur. Nam quod iidem interpretes diſtinguunt †
duplicem taxationem, vnam quæ fiat à lege, aliam quæ à iudice, vt legem
illam cum aliis concilient quæ alioquin obſtarent, ego ſanè cuiuſmodi
ſit non facilè poſſum intelligere: nullum enim exemplum proferre poſ-
ſunt taxationis iuriſiurandi quæ fiat per legem, & ea verba quæ retulimus,
non niſi de iudiciali taxatione intelligenda eſſe ex eo apparet, quod
non ita ſimpliciter ſcriptum eſt permittendum eſſe domino qui in vin-
dicationis iudicio obtinuit, vt iuret in infinitum, ſed tanti condemnan-
dum eſſe reum quanti actor in litem ſine vlla taxatione iurauerit. Ita enim
fit, vt ſicut iuſiurandum, ita & condemnatio nullam habeat taxationem,
niſi eam quæ ab ipſo iurante facta ſit. Alioqui ſecum ipſe pugnaret iudex,
ſuámque conuelleret ſententiam ſi condemnato iam reo quanti actor ſine
vlla taxatione in litem iurauerit, taxationem poſt iuſiurandum interpo-
4 ſitum aliquam adhiberet. Neque † rurſus poſſis dicere tractari eo loco de

rei vindicatione. In aliis autem locis de cæteris actionibus arbitrariis, quarum hac parte diſſimilis minúſque fauorabilis cauſa videri fortaſſe poteſt. Nam præter id quod diſſimilitudinis ratio nulla probabilis reddi queat cùm rei vindicatio ſit actio arbitraria. Obſtat etiam huic interpretationi quod in eadem ipſa *l. qui reſtituere* apertiſſimis verbis expreſſum eſt, legis illius ſentētiam generalem eſſe ad omnes actiones ſiue in rē, ſiue in perſonam ſint, adeò que ad interdicta omnia ex quibus arbitratu iudicis non reſtituitur, quod reſtitui iubetur. Sicut & è contrario quod in *d. § iurare* & in *d. l. in actionibus* ſcriptum eſt de iureiurando à iudice taxando ſiue antè ſiue poſteà quàm iuratum ſit, generale eſt ad actiones omnes præſertim arbitrarias, inter quas vindicationem eſſe, vt dixi, nemo ambigit. Aut igitur prudentes ipſi hac in quæſtione inuicem diſſenſerunt, adeóque quod eſt improbabilius, ſecum ipſe Vlpianus, cuius ſunt duo illi loci *d. l. qui reſtituere*, & *d. § iurare*, aut quod magis puto, ſui immemor † Tribonianus fuit, qui vetera illa ferè omnia iura quę 5 extabant de iureiurando in litem pro arbitrio corrupit. Nam ſi veram rectámque iuris rationem ſpectes, fieri nullomodo poteſt vt iudex probam iuſtámquè taxationem adhibeat, ſiue de eo iureiurando tractes, de quo Marcianus in *d. l. in actionibus. §. planè.* cui tum demum locus eſt, cùm ſine delatione iuriſiurandi non poteſt iudex æſtimare rem quæ non extat, ſiue de eò quod non aliam ob cauſſam defertur quàm vt aduerſarij dolus ſupra verum rei pretium æſtimetur. Nam priore caſu, quo prorſus impoſſibile eſt, vt per iudicem æſtimetur res quæ perempta eſt poſt moram & ante litem conteſtatam, quid, rogo, eſt quod iudex taxare poſſit? An non ea æſtimationis taxatio æſtimatio eſſet? Atqui ſi qua ratione fieri poſſet vt iudex ſine delatione iuriſiurandi eam rem peremptam ęſtimaret, iuſiurandum proculdubio deferendum non eſſet, quia nec niſi ex mera facti neceſſitate defertur contra iuris communis regulas, quę non patiuntur vt in iudiciis ſtrictis in litem iuretur, maximè aduerſus eum qui in dolo non eſt, licet in mora & culpa ſit quando nec in bonę fidei iudiciis in litem iuratur, niſi ob dolum *dict. l. in actionibus.* Poſteriore verò caſu, id eſt cùm iuris ratio & æquitas facit vt ad coercendum æſtimandúmque aduerſarij dolum adfectioni iurantis indulgeri oporteat, an non fiat iniuria actori qui per dolum poſſeſſoris re ſua inuitus carere cogitur, ſi rem ſuam pro arbitrio æſtimare prohibeatur? Aut quis admittat cogi quem dolo aduerſarij vt rem ſuam vendat eo pretio quod à iudice fuerit conſtitutum? Imò verò ſi hoc admitteremus, vt liceret iudici quantitatem certam præſcribere quam in re ſua æſtimanda prætergredi actor iurando non poſſet, dicendum eſſet nec ei permiſſum iri iuſiurandum in litem deferre, quia nec iuſiurandum hoc aliter deferri poteſt quàm ex neceſſitate iuris, id eſt cùm iuris rationi aut æquitati aliter ſatisfieri nullomodo poteſt. At non eſſet difficilius iudici ab initio rem æſtimare ſine delatione iuriſiurandi, quàm præſcribere & taxare quantitatem ad quam vſque iuretur, cùm, vt iam dixi, ea æſtimationis taxatio nihil aliud quàm æſtimatio ſit. Et verò vſu quotidiano compertum eſt, quoties à iudice certa quantitas præſcribitur iuranti, ſolere actorem eam ipſam quantitatem in iuſiurandum deducere, quæ à iudice pręſcripta eſt, non minorem quia nō vult, nec maiorem quia nec poteſt. Vt proinde ſi effectum inſpicias dici verè poſſit non tam ab actore iurāte quàm à iudice fieri æſtimationem. An ergo, inquies, actori cui iuſiurandum deferendum eſt, permitten-

dũ etiã erit vt inde peierãdi arrepta occaſione in immẽſum iuret? Atque hoc
ſanè eſt quod fefellit Tribonianũ exiſtimãtẽ nihil referre an cui permittatur
6 iurare † in infinitũ, an in immẽſũ. Quod nõ ita eſt. Cùm. n. dicimus permittẽ-
dũ actori cui iuſiurãdũ in litẽ à iudice delatũ eſt, vt iuret in infinitũ, nihil a-
liud ſignificamus, niſi licere ei vt iuret ſine vlla præfinitione & taxatione, nõ
illud etiã vt iuret in immẽſum. vt in *l. ſi cui* 9. D. *de ſeruit.* in infinito, id eſt
per quãlibet fundi partẽ. Etſi n. verũ eſt quod ait *lex vltim. de in lit. iurand.* de
periurio eius qui ex iuris neceſſitate iurauit nõ facilè quæri ſolere, hoc ipſo
tamẽ intelligimus de periurio quæri interdũ poſſe ex magna cauſſa, quę por-
7 rò alia eſſe nulla poteſt quàm † ſi in immẽſum iuretur, vt puta ſi quis rem vi-
ginti dignam mille aureis æſtimare velit. Itaque præter id quod iuriſiurandi
contempta religio ſatis Deum vltorem habet, *l.* 1. C. *de reb. credit. & iuretur.*
poteſt etiam immodica iurantis adfectio coerceri, ne in immenſum peie-
randi licentiam ſibi arroget, ſciens futurum vt de periurio quæſtionem pa-
tiatur, ſi tam euidenter & impudenter peieret. Quæ me res magis mouet, vt
exiſtimem iuſiurandum ſine taxatione vlla deferri à iudice oportere. Nam
ſi in iudicis arbitrio & poteſtate eſſet quantitatem taxare intra quam iurare-
tur, ſiue ante ſiue poſt præſtitum iuſiurandum, non facilè dici poſſet quo-
nam demum caſu de periurio quęri oporteret. Facta ſiquidem taxatione
per iudicem non poſſet videri peieraſſe qui ad permiſſam vſque quantita-
tem iuraſſet, nulla autem facta taxatione imputari potiùs iudici poſſet, cur
quantitatem non taxaſſet, ne qua aut peierandi aut de periurio quærendi oc-
8 caſio relinqueretur. Illa † verò Triboniani ratio longè inſulſior eſt qua
probat iudici licere taxationem iuriiurando iniicere, quòd, inquit, in iu-
dicis arbitrio fuerit ab initio, vt iuſiurandum deferret aut non deferret.
Nam ſi verum eſt, vt eſt, quod toties diximus, numquam niſi ex iuris ne-
ceſſitate deferri iuſiurandum debere, id eſt cùm pœna alia nulla eſt quam
iudex irrogare poſſit, vt actori ſatisfiat, prorſus conſequens ſit vt quibus
caſibus in litem iurari poteſt, neceſſe habeat iudex deferre iuſiurandum,
aut nullam omnino infligere condemnationem. Decepit Tribonianum
quod exiſtimauit in actionibus arbitrariis & bonæ fidei, in quibus iurari ſo-
let condemnationem in arbitrio iudicis poſitam eſſe: quod falſiſſimum
9 eſt. Nam nec arbitrariæ † ob id dicuntur, quod ex arbitrio iudicis pen-
deat condemnatio, ſed quia iudicis arbitrium præcedere neceſſe ſit de re
reſtituenda vt ſi non pareatur, ſequi poſſit condemnatio. Nec rurſus ar-
bitrium illud quod pręcedere oportet, eo ſenſu arbitrium dicitur quaſi in iu-
dicis poteſtate & electione ſit vt hoc vel illud arbitretur (cogitur enim id o-
mnimodo arbitrari quod vir quilibet bonus arbitraretur) ſed quia in eo a-
ctionum genere nulla præcedente obligatione ex qua poſſit ſequi condem-
natio; non poteſt ea iudicis pronunciatio de re exhibenda vel reſtituẽda ſen-
tentiæ nomen habere, nec aliud vllum elegantius quàm arbitrij, vt pluri-
bus à nobis ſuprà tractatum eſt *cap.* 4. & 5. Videtur etiam deceptus Tribonia-
nus ex illa Zenonis cõſtitutione, de qua proximè diximus in *l. ſi quando.* 9. C.
10 *unde vi*, qua primùm † inductum eſt vt iudex debeat certam quãtitatem prę-
ſtituere & definire intra quàm permittendum ſit ei qui vim paſſus eſt iurare
aduerſus violentum inuaſorem. Sed obſeruare debuit aliam rationem eſſe il-
lius iuriſiurandi quod nos Zenonianum appellamus, aliam eius, quod in a-
ctionibus bonæ fidei & arbitrariis iure ciuili locum habet, quia Zenoni

placuit

placuit permittendum eſſe ei qui rerum ſuarum iacturam per vim paſſus eſt vt iuret non ſolùm de æſtimatione, ſed quod magis eſt de quantitate rerum ſubtractarum. In quo iuriſiurandi genere quia periculoſiſſimum eſt, & vel ſola ipſa peierandi facilitate odioſum, bene à Zenone prouiſum eſt, vt non aliter iudici liceat iuſiurandum illud deferre, quàm ſi ab initio taxet quantitatem quam excedere actor non poſſit, ne oblata periurij quod detegi non poſſit impunitas, facilè alioqui pelliciat actorem ad peierandum: quod in cęteris caſibus non ſimiliter dici poteſt, in quibus ſcilicet non de incertorum corporum ſubſtantia & quantitate iuratur, ſed de ſola æſtimatione: De qua ſi in immenſum iuratum ſit, facillimè periurium detegi, ac ſubinde de periurio quæri poſſit. Denique liberũ fuit Zenoni nouum iuriſiurandi genus inducenti qualem voluit legem & condicionem eiuſmodi iuriiurando adſcribere. Sed non perinde Triboniano liberum eſſe debuit ex nouo illo iure argumentum aut occaſionem ſumere totius iuris veteris contorquendi, & malè ſuo more corrumpendi. Non eadem ſcilicet in aliis caſibus obtinente iuris aut æquitatis ratione. Quòd ſi cui minùs ſufficere videbuntur quæ nos contra tam inueteratum errorem Triboniani & interpretum omnium hoc capite diſputauimus, legat cætera quæ in hanc eandem ſententiam à nobis copioſiùs tractata ſunt *lib.16.Coniect.cap.17.*

ERROR DECIMVS.

De re poſt moram perempta, quæ penes actorem fuit æquè peritura.

SVMMARIA.

1 Refertur diſtinctio ab interpretibus adhiberi ſolita ad quæſtionem de ſpecie debita poſt debitoris moram perempta, an res illa æquè penes actorem fuerit peritura, nécne, vt hoc caſu teneatur, illo non item.

2 Proculianorum & Sabinianorũ diſſenſus.

3 Probatur ab autore ſententia qua debitorem ſpeciei poſt moram perempta indiſtinctè teneri vult.

4 Ratio d. ſententia.

5 Declaratio l.vlt.§.ſi ea conditione.D.ad l.Rhod.de iactu, & de dicta l. ratione cum Accurſio diſputatio.

6 Sententia l.ſi alius.7.§.eſt & alia. D. quod vi aut clam.

7 Veteres ICti in eo conuenerunt vt debitori mora non noceat, ſi res æquè fuit omnimodo peritura.

8 In quo diſſenſerint veteres ICti quod ad quæſtionem propoſitam attinet.

DISTINCTIO vulgaris eſt & interpretum multorũ & pragmati- 1
corũ omniũ, cùm de ſpecie debita poſt debitoris morã perẽpta
tractatur, an res illa ęquè penes actorem fuerit peritura nécne, vt
eo demũ caſu teneatur quod nõ fuerit æquè peritura: cuius diſtin
ctionis extãt ſanè veſtigia nõnulla in libris noſtris, vt *l.itẽ ſi cũ 14.§.quatenus*
D.*quod me.cau.l.ſi alius 7.§.eſt & alia.*D.*quod vi aut clã.l.vl.§.ſi ea cõditione*
D.*ad l.Rhod.de iact.* videtúrq. de eo nõ ſatis cõſtitiſſe inter † Iurecõſultos Pro- 2
culianos & Sabinianos quẽadmodũ cõiicere licet ex *l.ſi plures 14.§.ſiue autẽ.*
D.*depoſi.* Mihi tamẽ † probabilior ſẽper viſa eſt ſentẽtia exiſtimãtiũ debitorẽ 3
ſpeciei poſt morã peremptę teneri indiſtinctè. i. ſiue res fato ſuo, ſiue propter
morã & culpã perierit, quia mora perpetuat obligationẽ, facitq. vt res etiam
poſteaquã perẽpta eſt, extare adhuc exiſtimetur, *l.ſi ex legati 23.*D.*l.ſi ſeruũ 91.*

§. ſequitur & §. vl. D. de verb. obl. Lōgéq; plures in iure noſtro loci ſunt ex quib. ſententia hęc cōprobari poſſit, vt nō malè ſuſpicari liceat ſētētiā hāc magis cōmuniter prudētibus placuiſſe. Sic.n. ab ijs reſpōſū video *in l. itē ſi verberatū 15. §. vl. D. de rei vind. l. cùm ſeruus 39. aliàs l. apud Iulia. § .ipſius quoque*
4 *rei l. cùm res 47. §. vl. de lega. 1.* quibus locis ratio ✝ etiam redditur ſanè perelegans & vera, quòd ſi creditor in ea re morā paſſus non fuiſſet, vtiq; rē illam vendere pretiúmq; lucrari potuiſſet. Scio euenire aliquādo, vt qui ob rē in vnū caſū perēptam alioquī teneretur, excuſetur tamen ob id quod in aliū caſū
5 ęquè res fuit peritura, vt in ✝ ſpecie, *l. vl. §. ſi ea conditione. D. ad l. Rho. de iac.* vbi cùm ex Labeone propoſitū eſſet, ſi ea conditione nauē cōduxiſſi vt ea merces tuæ portarentur, eáſq; merces nauta neceſſitate nulla coactus in nauē deteriorē, cū ſciret id te fieri nolle, trāſtulit, & merces tuæ cū ea naue perierint, in qua nouiſſimè vectæ ſūt, habere te ex cōducto locato cū priore nauta actionē, Paulus notat imò cōtrà eſſe ſi modò ea nauigatione vtraq; nauis perierit cùm id ſine dolo & culpa nautarū factū eſſet. Sed ad propoſitā diſputationem ea ſpecies nō pertinet. An quòd aliud ſit mora, aliud culpa vt ſimpliciter Accurſ. cōtra Martinū ad eū locū pro Ioanne vetere gloſſatore reſpondet, qui eandē Proculianorū ſententiā ſequebatur quā & nos probamus? Minimè. Nā præter id quod vix eſt vt mora contrahatur ſine culpa cùm ſpecies debetur, ſi quicquā hac parte intereſt inter morā & culpā in eo maximè differētia eſt, quod culpa plus eſt quam mora, proinde re poſt culpā perēpta nō minùs dicēdū eſſet teneri debitorem indiſtinctè, ſiue res ęquè fuiſſet peritura, ſiue nō, atq; ſi poſt morā perempta proponeretur. Sed reſpondēdum eſt in ea ſpecie illud facere pro nauta, quod etiāſi in ea ipſa naui quę conducta fuerat merces vectæ fuiſſent omnimodo tamen æquè periturę fuiſſent cùm eā quoque nauim ponamus eadem nauigatione periiſſe: nec quemadmodum in eo
6 caſu quem tractamus, dici poteſt te eas merces fuiſſe alteri venditurum, ſi culpa nulla nautę interueniſſet. Feréque ſimile eſt, quod ✝ in *l. ſi alius 7. §. eſt & alia. D. quod vi aut clam*, Vlp. tractat, ſi incendij arcendi cauſſa vicini ædes interciderint, & ignis eò vſque peruenerit, abſolui me oportere, ſiue interdicto *Quod vi aut clam* cōtra me agatur, ſiue de damno iniuria dato: *quoniam*, inquit, *nullam iniuriam aut damnum dare videor æquè perituris ædibus*. Sed illud tamen notatu & obſeruatione dignum eſt quod apud eundem Vlpianum ſtatim ſequitur *Quòd ſi nullo incendio id fecerit, deinde poſteà incendium ortum fuerit, non idem erit dicendum.* Id eſt non erit abſoluendus qui vicini ædes intercidit, etiamſi ad eas vſque ignis peruenerit, *quia*, inquit, *non ex poſtfacto, ſed ex præſenti ſtatu damnum factum fuerit nécne æſtimari oportere Labeo ait.* Eodem igitur exemplo deferendi poteſt ſi eo tempore quo in ſoluendo homine debito mora per debitorem contracta fuit, iam detinebatur ſeruus ea valetudine ex qua certum eſſet conualeſcere non poſſe, & quæ impediret ne emptorem reperire ille poſſet, abſoluendum eſſe debitorem, licèt homo ille poſt moram perierit. Non tamen, meo iudicio perinde illud etiā dici poſſit, ſi moræ cōtractæ tēpore homo ſanus fuit, & eadē die aut ipſa etiā fortaſſis hora ſubito correptus morbo aut caſu alio fortuito deceſſerit, ita vt mediū nullū tēpus interceſſerit quo potuerit creditor eū diſtrahere ſi morā paſſus nō eſſet, cōdemnari nihilominùs debitorē oportere. Neque.n. per ſolā debitoris morā damnum pati creditor intelligitur, niſi demū eo caſu quo mora fecerit vt nō potuerit ille lucrū & cōmodū ex obli-

gatione

gatione ſentire, quòd porrò nullum in propoſito ſenſiſſet, qui etiamſi hominem tũ accepiſſet, cùm interpellatio facta eſt, nihilo ditior factus fuiſſet, ſed hoc tantùm aſſecutus vt ſibi tãquam domino faciliùs & certiùs poſtmodum res periiſſet. Et hoc ſanè conſequens eſt ei rationi qua prudentes ſupradictis locis mouentur, cum debitorem perempta re poſt moram teneri volunt, vt poſſeſſorem cõuentum rei vindicatione ob hoc maximè quòd ſi petitor aut creditor eam rem habuiſſet, diſtraxiſſet. Ita proculdubio innuentes, ſi certum ſit non fuiſſe petitorem aut creditorem diſtracturum aliud iuris cũſtitui debere, vt rei interitu etiam poſt moram contingente liberetur. Dices, nullam ergo in hac quæſtione diſſenſionem inter Iureconſultos fuiſſe, ſed omnes † in 7
eo conueniſſe vt debitori mora non noceat ſi res æquè fuit omnimodo peritura. Ego verò fateor cũ hac adiectione *omnimodo*, in eóq; à Ioãne & interpretibus qui Ioannẽ ſecuti ſunt diſſentio. Illi. n. putant debitorẽ poſt moram omnimodo teneri licèt res ęquè fuerit penes actorẽ omnimodo peritura. Sed diſſẽſio † in eo erat quòd quotieſcũq; res fato ſuo perẽpta eſſet, exiſtimabãt 8
Sabiniani parcendũ debitori quantũlibet moroſo, hoc vno cõtenti quòd æquè ſuo fato res penes actorẽ periiſſet: quæ tamẽ haud dubiè nõ fuerat penes eũ peritura, ſi ea ſcil. nactus diſtrahere ſtatim potuiſſet. Idq; apparet euidẽter ex *d. l. ſi plures 14. §. ſiue antẽ. D. depoſ.* ſiue dicas quod vulgò creditur Sabini & Caſſij ſententiã eo loco à Caio probari, ſiue quod magis puto, referri duntaxat nõ etiã probari, niſi malis quod & ego probabilius arbitror, à Triboniano corruptum eſſe locũ illum, itẽmq; *§. quatenus. d. l. ſtẽ ſi eum 14. D. quod me. cauſ.* Nec de eo quiſquã, vt puto dubitabit qui legerit quæ in hãc ſententiam ſcripſimus *lib. 16. Coniec. ca. 19.* Vnde & alia pleráque peti poterunt, quæ alioqui ad huius quæſtionis accuratam tractationem hîc adiici oporteret.

ANTONII FABRI I C.

DECAS DECIMANONA.

ERROR PRIMVS.

De iureiurando, vt vocant, ſuppletiuo.

SVMMARIA.

1 Actore non probante abſolui reus debet, etiamſi nihil praſtet, niſi præſumptio ſit pro actore, quo caſu reus iurare debet vt abſoluatur.

2 Reo non probante exceptiones ſuas, ſententia fertur pro actore qui ſuam probauit intentionem.

3 Niſi exceptio fuerit iuris, & actioni inſita.

4 Ei qui nonniſi ſemiplenam probationem affert ſolet vulgò iuſiurandum ſuppletiuum deferri.

5 Sed ſine lege, primùm quoniam paſsim ſcriptum eſt, abſoluendum reum, in probatione ſi actor deficiat.

6 Deinde quia in iure nulla fit mentio iuriſiurandi ſuppletiui.

7 De quo iureiurando loquatur Caius in l. 1. D. de iureiurand.

8 Itémque in l. admonendi, 31. eod.

9 Necnon Impp. in l. 3. C. de iureiurand.

10 Tertia ratio autoris contra iuſiurandum ſuppletiuum.

11 Quarta deprompta ex l. generaliter. C. de reb. cred. & iureiur.

1 VULGATUM eſt actore† non probãte abſolui reum debere, etiamſi
nihil præſtet, id eſt, quamuis nec probet quicquam nec iuret, *l. qui*
accuſare. 4. C. de eden. l. 2. l. actor. 23. & paſſ. C. de probat. niſi præ-
ſumptio aliqua ſit pro actore, quo caſu reum iurare æquum eſt vt
2 abſoluatur *cap. vlt. in fin. extr. De iureiur.* Idémque in† reo viciſſim obſeruatur
ſi probata actoris intentione deficiat ille in probandis exceptionibus, putà ſi
quam creditor probauit deberi ſibi pecuniã debitor ſolutã eſſe dicat, nec pro-
bet *l. 1. C. de probat.* Siquidẽ in exceptionibus actoris vice fungitur reus *l. ab ea*
parte 5 l. ſi pactum 9. l. quingenta 12. l. quoties 18. §. qui dolo l. in exceptionibus 19.
D. eod. Semper enim ei incũbit probatio qui dicit nõ qui negat *l. 2. l. nõ eſt ne-*
3 *ceſſe 11. l. ante omnia 23. eod.* Sed hoc ita tamen accipiendũ eſt, ſi exceptiones ſint
facti, nec præſumptio ſit pro reo *d. l. ſi pactũ.* Nã cùm exceptio† iuris eſt, & ipſi,
vt ita dicã, inſita actioni, non ſunt excipiẽti neceſſariæ vllæ probationes, putà
ſi quis agat ex contractu vltrò citróque obligatorio, cui priùs à ſe ſatisfactum
nõ probet *l. Iulianus 13. §. offerri d. l. act. empt. l. ſi ſeruus 57. D. de ædilt. edict.* Aut
ſi impugnat inſtrumentum iureiurando ſubnixum non impetrata abſolutio-
ne, aut agat ex contractu ante quadraginta annos inito cui poſſit obiici exce-
ptio lõgiſſimi temporis. Nec alii plerique caſus deſunt ſuperioribus perſimi-
les. Quid ergo ſi qui probare debuerat in probatione defecerit, nec niſi ſe-
4 miplenam, vt noſtri loquuntur, probationem attulerit? Placet† noſtris nõ id-
circo ſtatim condemnari eum oportere, ſed deferendum illi eſſe iuſiurandum
à iudice ſupplementum probationis, quod ideò ſuppletiuum vulgò vocant,
itémque neceſſarium ſiue quòd ad id deferendum iudex nonniſi ex neceſſi-
tate & inopia probationũ adigatur *l. admonendi 31. D. de iureiur. l. 3. C eod.* ſiue
quòd niſi ex magna & iuſta cauſſa recuſari non poſſit *dicto cap. vltim. in prin-*
cip. Extr. eod. Quod etſi ab omnibus ferè ſupremis Curiis, & frequentiſſi-
mis pragmaticorum omnium ſuffragiis receptum video, mihi tamen pro-
5 bari nunquam potuit. Primùm † quia innumeris iuris noſtri locis ſcriptũ eſt
abſoluendum eſſe reum non ſolùm ſi actor ceſſet in probatione, hoc eſt, ſi
nihil omnino probet *d. l. 4. C. eod. l. 2. C. de probat.* ſed etiamſi deficiat, id eſt ſi
minùs plenè probet, adeò vt hoc caſu nulla reo neceſſaria ſit exceptio, quæ
vtique neceſſaria eſt quoties probationibus vincere actor poteſt, *l. ſi quidem*
9. C. de excep. Id enim eſt quod dici ſolet actorem ſi intentionem ſuam
non impleat, condemnandum eſſe *d. l. ante omnia. d. l. 1. C. de probat. l. negantes*
9. C. de obligat. & action. quod etiam de reo proditum eſt *d. l. in exceptionibus.*
Quis verò dixerit impletam ab eo intentionem qui non niſi ſemiplenè pro-
bauerit? Nam & ſemiplena probatio eſſe creditur ſi vnius teſtis dummodo in-
tegri teſtimonium proferatur. Atqui conſtat non ſolùm vnius hominis te-
ſtationi credendum non eſſe, ſed neque licere iudici vnius hominis reſpon-
ſionem audire in quacumque cauſſa, vt Conſtantini verbis vtar in *l. iuriſiurã-*
di 9. C. de teſtib. etiãſi, inquit, præclaræ Curiæ honore præfulgeat. In quo ob-
ſeruandum eſt quod lex ait, iam anteà cõſtitutum fuiſſe vt in quacũque cauſ-
ſa non facilè vnus teſtis admitteretur. Nunc verò conſtitui vt omnino nõ au-
diatur, id eſt nullomodo, nullóq; caſu, ac proinde nec ſi probationẽ ſuã iure-
iurando implere actor velit, nec ſi cauſſa ſit leuior. Nam ſi is qui vno tantùm
teſte nititur, petere à iudice non poteſt, vt teſtis ille audiatur, quantò minùs
petere poteſt, vt vel teſti credatur, vel ſibi ipſi ad corroborandum teſtimo-
6 nium iuſiurandum deferatur? Mouet † me ſecundò quòd cùm in libris no-

ſtris

Digitized by Google

ſtris tot extẽt Iureconſultorum reſponſa, & Imperatorũ reſcripta De iureiu-
rando & probationibus, nuſquã huiuſmodi iuriſiurãdi ſuppletiui mentio fit
cuius tamẽ ſicut vſus hodie frequentiſſimus eſt, ita tractatus omnium vtiliſ-
ſimus fuiſſet. Nã quod † in *l.1.D.de iureiur.* Caius ſcribit per iuſiurãdũ decidi 7
cõtrouerſias vel ex pactione ipſorum litigatorũ, vel ex iudiciali autoritate, ad
voluntarium duntaxat pertinet, & ad iudiciale, hoc eſt, quod non à iudice, ſed
à parte parti defertur in iudicio, iudiciſque autoritate approbatur. Quod autẽ
idẽ Caius † monet in *d.l.admonẽdi*, ſolere iudices in dubiis cauſis exacto iure- 8
iurando ſecundùm eum pronũtiare qui iurauerit (quo vno maximè loco mo-
ueri interpretes & pragmatici ſolent) longè aliam habet ſententiã quàm vul-
gò exiſtimetur. Dubias namque cauſſas non eas intelligere debemus in qui-
bus actor minùs plenas probationes habeat, vt illi interpretantur (nec enim
dubia cauſſa eſt in qua conſtat abſolui reum oportere, vt diximus) ſed quæ
propter paritatem probationum eò redigunt iudicem vt hæſitet in vtrã par-
tẽ propẽdere debeat, quam probationũ inopiam videntur dixiſſe Imperato-
res in *l.3.Cod.de reb.credit.* quòd quãuis per ſe ſint plenę, vt ex iis poſſet ſequi
cõdemnatio ſi nihil ex aduerſo probatũ eſſet, fiant tamẽ inopes obiectũ con-
trariarũ probationũ. Quod & iampridẽ ante nos docuit nõ inſubtiliter *Frã-
ciſc.Duaren.lib.2.Diſput.cap.33.* Sed & auſim dicere quod *Duarenus* nõ dixit
totam eam legem Triboniani eſſe potiùs quàm Caij, deſumptámque ex Iu-
ſtiniani conſtitutione in *l.generaliter C.de reb.credit & iureiu.* de qua ſequen-
ti capite dicemus, ídque apparebit etiam euidentiùs ex iis quæ diſputaturi ſu-
mus *infrà cap.5.* Nec magis ad rem facit † quod in *d.l.3.C.eod.* à Diocletiano 9
& Maximiano reſcriptum legimus, in bonæ fidei contractibus, cæteriſque
cauſſis inopia probationum per iudicem iureiurando cauſſã cognitã res de-
cidi oportere. Nam præter id quod verba illa *inopia probationum* eã interpre-
tationem commodè admittunt, quam nos ſuprà retulimus, nihil etiam vetat
Imperatores de iudiciali iureiurando intelligi, quod certum eſt non niſi pro-
bationum inopia deferri ſolere *l.tutor.33.D.de iureiur.* Nec ſanè de iureiuran-
do per iudicem exacto lex loquitur, & ſi loqueretur, de alio tamen quàm de
iſtiuſmodi ſuppletiuo accipi deberet: De eo ſcilicet de quo in *d.l.generaliter.*
Mouet † me tertiò quod in *l.1.C.eo.tit.* vbi pro regula traditur, Cauſſam iure- 10
iurando deciſam non poſſe ſub prætextu periurij tractari, De voluntario tan-
tùm & iudiciali agitur, De neceſſario autem nullomodo, quod tamen ſi iam
tum aliquod tale in vſu fuiſſet, non debuerat prætermitti cùm in eo quoque
noſtri admittant idem hac parte iuris eſſe regulariter, præterquàm in eo caſu
qui conſtitutionibus Principum nominatim exceptus ſit in *d. l. admonendi.*
Poſtremò † & omniũ maximè mouet me, quod in *d.l.generaliter*, Iuſtinianus 11
profitetur, de omnibus iuramentis generaliter quæ in litibus offeruntur vel
à iudice vel à partibus, ea conſtitutione definiri, nec tamen de ſuppletiuo, aut,
vt alij vocant, ſuppletorio, verbum vllum. In quo ſanè deceptos fuiſſe omnes
quotquot videre licuit interpretes, mirandum eſt. Fateor tractari ea lege de
iureiurando non ſolùm à parte, ſed etiam à iudice deferendo, ſed nego fuiſſe
illam iuriſiurãdi ſpeciem veteribus iuris autoribus cognitam: nego fuiſſe vl-
la iuris ratione ſubnixam, ſed quadam potiùs iudiciorum cõſuetudine indu-
ctam. Nego denique ei qui intentionem ſuam ſemiplenè tantùm probauerit
iuſiurandum illud in ſupplementum probationum deferri poſſe aut olim
potuiſſe. Quæ omnia ſi probauero, conſequens erit nec Caij eſſe quod in

Digitized by Google

d.l.admonendi ſcriptũ eſt, præſertim ab illis verbis, *ſed hæ conſtitutiones*, quin potiùs Triboniani vt iam monuimus, nec Imperatores in *d.l.3.* de iureiurãdo neceſſario ſenſiſſe, ſed tãtùm de iudiciali, nec denique admitti vnquã debuiſſe, vt qui in probatione deficeret, præſertim actor iureiurãdo proprio litis victoriã ſibi cõpararet. Igitur de ſẽtẽtia *dictæ legis Generaliter*, videamus.

ERROR SECVNDVS.

De iureiurando Iuſtinianeo ad l.generaliter 12.C.de reb.cred.& iureiur.

SVMMARIA.

1. *Ad quævis iuramenta quæ in litibus afferuntur pertinere l.generaliter.12.C. de reb.credit.& iureiur.quæ explicanda proponitur.*
2. *Vnde inductum vt à iudice paulò ante definitiuam ſententiam iuſiurandum deferretur tempore Iuſtiniani.*
3. *Suppletorium eſſe iuſiurandum Iuſtinianeum vnde perperam crediderint interpretes.*
4. *Remedium d. conſtitutionis cur duxerit Iuſtinianus neceſſarium.*
5. *D.conſtitutionem tam ad iudiciale quàm ad neceſſarium iuſiurandum pertinere.*
6. *Iuſiurandum quod à iudice defertur vni ex partibus, referri poteſt, contra pragmaticos.*
7. *Delato iuramento quis litigantium poſſet appellare 101.num.9.*
8. *Differentia inter iuſiurandum delatum à parte, & id quod defertur à iudice.*
10. *D.conſtitutione inducta eſſe multa quæ veteribus legibus erant incognita.*

PRAEFATVR † initio huius legis Iuſtinianus, generaliter de 1 iuramẽtis omnibus quæ in litibus offerũtur vel à parte vel à iudice ea cõſtitutione definiri. Ait autẽ, *cùm enim iam increbuit iudices in pleniſſima definitione ſacramẽtũ imponere*. Innuit ergo nec iuris ratione vlla id † inductũ, quę ipſos iuris auto-2 res mouere potuerit vt id inducerẽt, nec priſca aliqua ſed recenti cõſuetudine receptũ. Cui cõuenit quod in *l.admonendi 31.D.de iureiur.* ſcriptum eſt in hęc verba, *ſolent enim iudices in dubiis cauſſis exacto iureiurando ſecundum eum iudicare qui iurauerit*, vt in vtroque loco eadem Triboniani & manũ & ſententia facilè poſſis agnoſcere: vbi tamen obſeruandum eſt ſcriptum eſſe, iudices ita facere ſolere, non etiam debere quaſi cogente iure. Adhæc quod Iuſtinianus ait *ſacramentum imponere*, innuit ſatis iuſiurandum illud quod in dubiis cauſſis ſolebãt iudices deferre in pleniſſima definitione, id eſt paulo ante definitiuam ſentẽtiam, vt ſequentia explicant, tale fuiſſe vt ei cui deferebatur, oneroſum potiùs, quam fauorabile crederetur. Propter quam cauſſam exigi dicebatur ſicut & quod pars parti defert *l. in duobus 28. §. exceptio. l. eum qui 30.§.in popularibus.& d.l.admonẽdi.D.eo.* quaſi quod vel ab inuito extorquea-3 tur. Nec ad rem facit † quod ſolebãt iudices ſecũdum eũ pronũtiare qui iurauerat *d.l.admonendi*: quæ ſola res tam grandi grauique noſtrorum errori cauſſam dedit vt hoc iuriſiurandi genus non ſolum iudiciale, ſed etiam ſuppletoriũ eſſe crediderint. Nã neque id erat perpetuũ, ſed etiã poſt pręſtitũ iuſiurandum totius negotij ſumma examinãda erat *d.l.generaliter §.ſi autẽ is cui*, illis verbis, *& ita cætera ſiue capitula, ſiue totius negotii ſumma examinẽtur.* Nec eo minùs fiebat vt onerari videretur is cui iurandũ erat ſi fortè & citra iuſiurãdũ victoriã ſperaret ex propriis probationibus, aut etiã ex ſola aduerſarii probationũ inopia. Indeq; nimirũ eueniebat vt ab eiuſmodi delatione plerũque appellaret is cui deferebatur. Quod Iuſtinianus ſignificat cùm ſubiungit, *euenit vt prouocatione lite ſuſpenſa*. Nõ.n tractari eo loco de appellatione per illũ interpoſita cõtra quẽ iurandũ eſſet, apparet ex ſequẽtibus, *hi quidem qui iuſiurandum*

randum præſtare iuſſi ſunt,ab hac fortè luce ſubtrahantur, probationes autem rerum cadant.Quaſi † dicat nouæ illius conſtitutionis remedium ideo neceſſarium fuiſſe quòd delato iureiurando per iudicem vni ex litigatoribus qui ab ea delatione prouocaſſet,eueniebat vt ſi idem ille pendẽte appellatione moreretur, probationes interciderent. Quænam verò probationes?non ipſius, ſed aduerſarij: Nam ſi de appellantis probationibus ageretur, quid obſecro incommodi aut abſurdi eſſet perire eas propter appellationẽ quam ille ipſe interpoſuiſſet?De quo enim niſi de ſeipſo queri deberet is qui perperam appellaſſet, ſibíque probationis facultatem quam iudex concesſerat eripuiſſet? At ea n appellationẽ fruſtrãdi cauſſa interpoſitam aduerſario nocere æquum non erat, qui ex appellantis iureiurando per iudicem delato non ſecus ac ſi is ipſe detuliſſet,probationem captabat. Cùm eſſet veriſimile non ita facilè peieraturum reum, tametſi actor in probatione deficeret, ſed vt relaturum iuſiurãdum,vel ab improba lite diſceſſurum. Nec ad rem pertinebat,quòd non tantùm litigatoribus, ſed eorum quoque heredibus id iuſiurandum deferre iudices ſolerent,*cum multum*, inquit Iuſtinianus, *diſcrepet iuramentum hereditarium à principali ſacramento*. Siquidem de facto defuncti præciſè iurare heres non cogitur,*l. Marcellus* 15.*§.iurare*.D.*de rer.amot*.vt nec alius quilibet de facto alieno *l.iuſiurandum* 34.*§.procurator*.D. *de iureiur.l.videamus* 4. *De in lit.iur*.ſed tantùm ex animi ſui ſcientia,vel vt Cuiacius legit & rectiùs, *ſententia.l.2.§.quod obſeruari.C.de iureiur.propt. calum. dand*.id eſt, non credere ſe quòd litem iniuſtam defunctus ſit proſecutus,vt in *lib.2.feud.tit*.58.qui eſt vltimus De *not.feudor.§.cùm detur*. Itaque iuſiurandum hoc præſtare heres poteſt ferè ſemper abſque periurij metu, & longè faciliùs quàm defunctus potuiſſet, niſi ponas communem fuiſſe defuncti & heredis ſcientiam ac malã fidẽ:quod cùm accidit, nulla ſanè eſt inter iuſiurandũ hereditariũ & principale,quomodo Iuſtinianus loquitur,differentia.Sed extra eũ caſum quẽadmodũ facilius heredi eſt iurare, ita maius ex eo dãnũ aduerſarius patitur, qui ſcilicet ſperare vix poſſit futurum vt periurij metu ſibi heres iuſiurãdũ referat,quòd eo intuitu fortaſſe defunctus retuliſſet.*Neceſſitate itaque rerum coarctati & probationibus pinguiùs ſubuenientes ad huiuſmodi*,inquit Iuſtinianus,*venimus ſanctionem*,Id eſt,ne tã facilè pereant probationes, quas ex iuriſiurandi delatione appellanti facta ſperabat is, qui non appellauit. Nec ſanè poteſt hucuſque textus de alio iureiurando intelligi quàm quod à iudice parti defeſeratur.Sequitur verò conſtitutio † ad vtrumq.tam iudiciale quàm neceſſariũ pertinens,*Omne igitur iuramẽtum ſiue à iudice,ſiue partibus illatũ vel in principio litis,vel in medio,vel in definitiua ſentẽtia ſub ipſo iudice detur,non expectata vel vltima definitione,vel prouocationis formidine*.Quibus verbis oſtenditur nihil hac parte iuſiurãdũ neceſſariũ à iudiciali differre,& vtrique commune illud eſſe vt ſtatim atque delatum eſt præſtari debeat ſiue illico appelletur,ſiue in eo res ſit vt appellari poſſit.Cuinam verò periculũ afferre queat aut formidinem iniicere appellatio niſi ei aduerſus quem fuit interpoſita? Illi ergo conſulere Iuſtinianus voluit contra quem appellatur, non ei qui appellat, ac proinde cùm is demum appellet, cui iurandi neceſſitas imponitur, conſequens eſt vt fateamur voluiſſe Iuſtinianum ſubuenire probationibus eius contra quem eſt appellatum. Quod ſi ita eſt,illud quoque fateri nos oportet, non eã eſſe Iuſtiniani mentẽ vt à iudice deferatur iuſiurandũ ei qui in probatione deficit, ſed aduerſario, licèt ad implẽdas deficientis probatio-

nes. Nã & in iudiciali iureiurando idẽ obſeruatur, vt nimirum non iuretur,
ſed deferatur iuſiurãdum ab eo qui probationũ inopia laborat. Idipſum ve-
rò apertius demonſtrant ſequentia illa cõſtitutionis, *ſed iuramento illato cùm*
hoc à parte factum fuerit, & à iudice approbatum, vel ex autoritate iudicis cui-
cunque parti illatum, ſiquidem is cui imponitur ſacramentum nihil ad hoc fuerit
reluctatus, hoc præſtetur vel referatur. Diſtinguit Iuſtinianus, an is cui de-
latum eſt iuſiurandum ſiue à parte, ſiue à iudice, à parte, inquam, cuius fa-
ctum iudex approbauerit, prouocet à delatione necne. Si non prouo-
cet, non quidem cogitur præcisè iurare, ſed electionem habet an iurare ma-
lit, an referre. Alterutrum ſanè facere compellitur, ex quo apparet, etiam
6 quod à iudice † defertur vni ex litigatoribus referri poſſe non ſecus ac iu-
diciale, quamuis de eo contra apertiſſima legis verba dubitet Accurſius, cu-
ius dubitatio tandem in errorem deflexit, exiſtimantibus noſtris poſt *gloſſ.*
in cap. vltim. extr. de iureiur, in iureiurando neceſſario nullum eſſe relationi
locum quod certè falſiſſimum eſt. Apparet etiam ex iiſdem verbis, ſoli-
7 tas † interponi appellationes ab illis quibus ſacramentum imponebatur,
non contra quos iurandum erat, quod ex ſequentibus quoque fit aper-
tius. *Neceſsitate ei imponenda cui iure refertur, relationis ſacramentum ſub-*
ire, vel ſi hoc recuſauerit quaſi illato ſacramento præſtito, cauſſa vel capitulum
decidatur, nullo loco prouocationi relinquendo. Quis enim ferendus eſt ad ap-
pellationis veniens auxilium in his quæ ipſe facienda procurauit? Sed ſiue eſt,
cum cui iuſiurandum defertur, ſiue iudiciale, ſiue neceſſarium, omnimo-
do iurare cogendum, aut ſi nolit, perinde condemnandum acſi aduerſa-
rius qui iurare etiam noluit, ex delatione iuraſſet: Neque hic diſtin-
guendum eſſe an à relatione appellet necne, quomodo diſtinguendum di-
ximus, in eo cui primùm defertur. Non enim appellare eum poſſe qui
ipſe mouerit iudicem vt parti iuſiurandum deferret, aut qui ipſe detule-
rit. Nam ſi quidem ipſe detulit, licèt de referendo iureiurando nihil di-
xerit, ſciuit tamen aut ſcire debuit, non poſſe ſe iuſiurandum deferre aduer-
ſario niſi ea lege vt ſibi viciſſim referre aduerſario liceret. Ideóque ta-
metſi iurare ipſe debeat de calumnia, non poteſt tamen ab aduerſario refe-
rente idem iuſiurandum exigere *dict. l. iuſiurandum* 34. *§. datur.* D. *de iureiur.*
Proinde ſi à relatione quàm pars fecit & iudex adprobauit, appellaret,
de proprio ille ſuo potius quàm de partis aut iudicis facto quereretur, *dict.*
l. generaliter. verſic. ſiue autem illatum, qui de iudiciali iureiurando nomi-
natim loquitur. Sin autem iudex ipſe aduerſario detulerit, quamuis ita
fecerit ex officio, nec petente eo cui poſteà relatum eſt, perinde tamen
denegari debet appellationis beneficium ei qui relatum recuſat acſi ipſe de-
tuliſſet. Nempe quoniam & per eum, & pro eo factum eſt vt iuſiurandum
à iudice deferretur, nimirum ad ſupplendas ipſius probationes. Quam-
quam videri poſſit locus hic innuere, moris olim fuiſſe vt qui nudis proba-
tionibus vincere non poterat, poſtularet à iudice iuſiurãdum aduerſario de-
ferri, ſed non ita eſt. Hoc ipſo enim deferre crederetur qui deferri poſtularet,
cùm quicquid iudex facit parte requirẽte pars ipſa facere videatur: *l. 1. C. ſi in*
cauſ. iudic. pign. capt ſit l. ſi ob cauſſam 28. *C. de euict.* Multúmq. intererat quod
ad partis commodum ſpectabat, an à parte, an à iudice deferretur. Delatum
8 enim † à parte erat vt & hodie eſt litis deciſoriũ, *d. l.* 1. D. *de iureiur. d. l.* 1. *C.*
eod. atq. adeò præcedentiũ probationum omnium quas habere deferens po-
terat,

terat,vim & poteſtatem extinguebat: quod verò à iudice deferebatur, non item.Sed & facile contingere poterat,vt actor vel reus probationes ſuas ſufficientes & plenas crederet,ob idque iuſiurandum deferre nollet,iudex verò contra putans aut propter oppoſita aduerſarij probationes dubius conſtitutus neceſſariã exiſtimaret iuriſiurandi delationẽ,*d l.generaliter* ibi *ſi hoc omnimodo præſtãdum exiſtimauerit.* Quod cùm accidebat,neceſſe erat vt iudex idipſum ex officio faceret, non expectata eius contra quem iurandũ erat petitione,tametſi id fieri quàmmaximè ipſius intereſſet. Vnde †illud etiã n a- 9
nabat vt qui exacto iudiciali iureiurando condemnatus eſſet, à ſententia appellare non poſſet:qui verò per delatum à iudice iuſiurandum,poſſet: ſi fortè non obſtante eo iureiurando, vincere tamen debuerat ex plenis probationibus ante delationem factis. Nec eſt contrarium, quod proximè diximus,ab interlocutione iudicis qui iuſiurãdum detulerit vni ex litigatoribus appellari non poſſe per eum contra quẽ deferatur. Huic enim nõ in ipſa delatione fit iniuria cùm poſſit cõmodo eius cedere,ſi aduerſarius fortè referre mali,quàm iurare, ſed in condemnatione quę delationẽ ſequitur, ſi propter aduerſarij iuſiurandum, quod ſolus iudex detulerat victus ſit qui pleniſſimè ſuam probauerat intentionem *d.d.l. generaliter. §.2.* ijs verbis *habeat ſibi in vltima prouocatione repoſitum auxilium.* Neque tamen inficior poſſe appellare eum contra quem iuſiurandum deferatur, etiam non expectata definitiua ſententia ſi ante delationem pleniſſimas iudici probationes exhibeat: Nempe quoniam hoc caſu fieri nequeat vt ipſi proſit delatio ſiue ſuſcipiatur iuſiurandum,ſiue referatur, cùm nec ipſe iurare cogi poſſit, nec ſi conſuetudo aliqua in contrarium proponatur *cap ſicut conſuetudo 2. extr. de probat.* Ob eámque cauſſam tota *d.l.generaliter*,ſic Iuſtinianus loquitur vt oſtendat non debere iudicem huiuſmodi iuſiurandum deferre niſi ad ſupplẽdas probationes eius cõtra quem deferatur:quo obſeruato nulla ſanè ratio eſt vt ei liceat appellare.Sequitur apud Iuſtinianum,*ſin autem is cui ſacramentum eſt illatum vel à parte vel à iudice hoc ſubire minimè voluerit,licentiam quidem habeat ſacramentum recuſare, iudex autem ſi hoc omnimodo præſtandum exiſtimauerit.ſic cauſſam dirimat quaſi volente eo ſacramentum ſit recuſatum.* Id eſt,vt ego interpretor,quaſi delationi quidem ille conſenſerit,ſed tamen iurare ille noluerit nec referre.. Aut ſi mauis, Quaſi non ſolùm ipſe noluerit iurare,ſed etiam conſenſerit vt neque aduerſarius iurare cogeretur.Quemadmodum enim iuriſiurandi gratiam facere poteſt qui detulit,*l. remittit 6.D.de iureiurand.* ita & qui retulit aut ex neceſſitate referre debuit. Itaque in præiudicium eius qui ſibi delatum ſiue à patre ſiue à iudice iuſiurandum ſubire non vult, placet Iuſtiniano perinde iudicandum eſſe, acſi aduerſario relatum eſſet iuſiurandum & poſteà remiſſum. Ob idque neceſſe eſt vt *ipſe qui ſacramentum ſibi illatum dare recuſauerit, vel hoc atteſtetur,vel ſi fortè non audeat,habeat ſibi in vltima prouocatione repoſitum auxilium.* Tutius igitur ei erit vt appellet. Quamuis enim Iuſtin.conſtituat vt non obſtãte appellatione diffinitiua ferri poſſit ſententia, non adeò tamen appellatio reijcitur, quam ſi ex poſtfacto iuſtam fuiſſe apparebit, vult Iuſtinianus emendari ſententiam quæ quaſi ex recuſato ſacramento præceſſerat, perindéque obſeruari omnia acſi nec delatum fuiſſet iuſiurandum quod non fuerat deferẽdum. Sin ex contrario iuſtè delatum & iniuſtè recuſatum videbitur, rata haberi omnia, quæ ob malè recuſatum iuſiurandum iudex decreuerit. Et hoc eſt

quod ait conſtitutio à verſicul. *& ſi iudex* vſque ad verſic. *ſiue autem illatum.* In quo negatur eum qui iuſiurandum aduerſario detulit poſſe appellare à iudice qui delationem confirmauit. Quod & per ſe apertiſſimum eſt, & iam in præcedentibus dictum fuerat §.1.vbi tam de neceſſario, quàm de iudiciali iureiurando tractatur. Quæ ſequuntur explicant quid agendum ſit ſi abſenti deferatur vel referatur. Quod quia ad rem noſtram non pertinet, id vnum obſeruari volumus quod in fine legis ſcriptum eſt, *non enim vt aliquid derogetur antiquioribus legibus hæc prolata ſunt, ſed vt ſi quid eis deeſſe videatur, hoc repleatur.* His enim verbis† non obſcurè meo iudicio innuitur veteribus legibus incognita fuiſſe multa, quæ conſtitutione illa inducuntur. Quæ porrò alia eſſe non poſſunt, quàm quæ ad neceſſarium iuſiurandum pertineant. De iudiciali ſiquidem iam pleraque iuris authores tradiderant, quibus non video quid Iuſtinianus addiderit niſi vt non obſtante appellatione, vel ſuſcipiendum ſit, vel referendum.

ERROR TERTIVS.

De differentia iuriſiurandi Iuſtinianei & vulgaris quod ſuppletiuum vocant.

SVMMARIA.

1 *Inter Iuſtinianeum & vulgare iuſiurandum conuenientia duæ.*

2 *Inter eadem differentia prima, quòd vulgare defertur ei qui in probatione deficit: Iuſtinianeum verò eius aduerſario.*

3 *Secunda, quòd Iuſtinianeum non tantùm parti, ſed eius quoque heredi: vulgare parti, non etiam heredi defertur.*

4 *Tertia, quòd Iuſtinianeum defertur à iudice etiamſi non petatur, vulgare nonniſi petenti dari ſolet.*

5 *Quarta differentia.*

6 *Quinta.*

7 *Sexta.*

8 *Septima.*

9 *Octaua.*

10 *Nona.*

11 *Decima.*

SVPERIORA omnia eò pertinent, vt intelligamus iuſiurandũ illud neceſſarium de quo agitur in *d.l.generaliter,* longè aliud eſſe quàm quod interpretes ſibi cōminiſcũtur.
1 Vtrumq; † ſanè à iudice defertur, & quod noſtros fefellit, vtrumq; ad ſupplendas probationes, ſed non vtrumq; eidē nec eodē modo Iuſtinianeum (ſic.n.appellare poſſumus ad differentiã vulgaris, quod ſuppletiuũ dicunt) non † defertur
2 ei qui in probatione deficiat, ſed eius aduerſario, qui, vt diximus, etiã citra iuſiurandũ vincere deberet ſummo iure. Vulgare verò ei ipſi qui in probatione deficit, vt probationē quam filij ſui aut alterius domeſtici teſtis fide implere non poſſet proprio teſtimonio ſuppleat, cōtra vulgatas iuris regulas quę habēt neminē ſibi in cauſſa propria idoneum teſtē eſſe poſſe: *l. etiam* 3 *.l. omnib*
3 10.*C.de teſtib.* Iuſtinianeũ† non tantùm parti defertur, ſed eius quoque heredi, licèt aliter atque aliter. Vulgare ſic accipitur, vt non heredi, ſed parti tantùm deferatur. Quomodo enim ſuppleri poſſit imperfecta probatio ex iureiurando heredis qui de alieni facti veritate iurare cogi nequeat, ſed tantùm
4 de animi ſui ſentētia, vt ait *l.2.C. de iureiur.propt.calumn.dand.* Iuſtinianeum† defertur à iudice ex officio etiamſi non petatur, imò verò etiamſi recuſetur

Vulgar

Vulgare verò non niſi petenti dari ſolet. Sic enim *Bart. ad l. admonendi 31. nu. 60. D. de iureiur.* quod & de conſuetudine obſeruari teſtatur *Ferrar. in form. reſponſ. rei in verb. iuriſiurandi.* Et eo iure Senatus noſter paſſim vtitur. Certè inuito defertur nunquam. Ex quo appa et quàm ſit inciuile iuríque noſtro contrarium. Qui enim ante delationem tam facilis & procliuis eſt ad iurandum, hoc ipſo ſanè ſuſpectus fit vt eius quod iurauerit ratio nulla haberi debeat. Sibi enim iurauit, inquit, *l. 3. in prin. D. de iureiur.* Iuſtinianeum † ſi defe- 5 ratur, appellare à delatione is tantùm poteſt cui defertur, non etiam is aduerſus quem iurandum eſt. At in vulgari ex contrario non ei, cui, ſed contra quē delatū eſt appellare permittitur. Iuſtinianeum enim, onus eſt eius cui defertur, reſpicitque fauorem illius contra quem defertur. Nimirum quia tametſi euenire ſoleat vt pro eo iudicetur qui iurauerit, id tamen nec iurāti prodeſt, qui in eo erat vt etiamſi non iuraſſet, vincere nihilominùs propter inopiam probationum aduerſarij debuiſſet: Nec condemnato nocet, qui in eo erat, vt nullo quoque præſtito iureiurando vinci debuiſſet, propter defectum probationum. At ex contrario delatio iſta quæ ei cui fit, prodeſſe nunquā poteſt, prodeſſe aliquando poteſt ei contra quem iuſiurandum defertur. Cuius ſcilicet aduerſarium in eam neceſſitatē redigat, vt vel iurare illum oporteat vel referre. Quid enim ſi conſcientia ductus aut ſuperſtitione iurare noluerit? Faciet relatio vt iurare tùm poſſit conſentiente aduerſario, atque ita vincere qui anteà probationes plenas non habebat. Propter quam cauſſam dicitur iuſiurandum hoc inductum in ſupplemētum probationum, non quidem recta via, ſed per mediū, vt ita dicam, relationes, quomodo & quod pars parti defert ſiue in iudicio, ſiue ex litigatorum pactione extra iudicium. Porò nil neceſſe eſſet deferri ei cui fauere iudex nolit contra eum de cuius probationibus implendis agitur, ſi iuris ratio pati poſſet vt illi ipſi qui minus plenas probationes habeat, deferri deberet. A quoniam ea delatio ex qua ius partis tantoperè lædatur, non niſi à parte ipſa fieri poteſt, pars verò quæ ad litis victoriam aſſequendam nullo iureiurando indiget, nullā deferendi cauſſam habet niſi iudicis præcepto vrgeatur, vrgeri porrò non poteſt vt deferat, ſed tantū vt referat (deferre enim ſemper voluntariū eſt, referre neceſſariū) nec denique vt referat quin prius illi ipſi deferatur. Conſequens fit, vt quantumuis iudex deficientibus actoris probationibus ſubuenire velit, cogatur tamen vel inuitus iuſiurandum reo deferre. In quo alia etiam differentia † cernitur 6 inter neceſſarium iuſiurandum, quod nos Iuſtinianeum dicimus & vulgare pragmaticorum. Iuſtinianeū. n. referri poteſt, adeòq. debet ſi non iurare velit is cui delatum eſt à iudice. Vulgare verò nec referri debet, nec poteſt. Imò ſi talis caſus contingeret in quo is cui delatio eſſet, iurare nollet, vtique condemnandus eſſet, quippe qui nec plenas probationes haberet, nec eas proprio iureiurando implere amplius poſſet, arg. *d. l. remittit 6. De iureiur.* Nam quemadmodū is cui † vulgare hoc iuſiurandum defertur, ſi iuret ſemper vin- 7 cit, ita ſi iurare nolit, ſemper vincitur. Quod in Iuſtinianeo ſecus eſt. Nihil enim vetat eum contra quem iuratum ſit, vincere, ſi poſt præſtitum fortè iuſiurandum nouas probationes ante ſententiam nanſciſcatur, cùm & poſt redditam ſententiam idem poſſet contingere *d. l. admonendi.* Iuſtinianeum † 8 videtur iuſiurandum purgationis, potiùs quàm deciſionis. Vulgare contrà, deciſionis potiùs quàm purgationis Iuſtinianeū † deferri poteſt in litis prin- 7 cipio, medio & fine. Vulgare autem non niſi poſt apertas teſtationes, & in

procinctu definitiuæ ſententiæ. Iuſtinianeum † defertur reo qui & citra iuſiu-
randum abſolui deberet, cùm pro actore in probationibus deficiente aliqua
præſumptio eſt *cap. vlt. §. fin. extr. de iureiur.* Quòd ego intelligo etiamſi non
adſit ſemiplena probatio. Poteſt n. etiam citrà ſemiplenam probationē præ-
ſumptio aliqua eſſe, quæ iudicem dubium conſtituat, quod vnum ad iuriſiu-
randi huius delationem ſufficit *d. l. admonendi.* propter quam cauſſam nec in
d. l. admonendi, nec in *l. 3. aut pen C. de reb. credit.* aut alio vllo iuris loco videas
mentionem fieri ſemiplenæ illius probitionis quam noſtri requirunt. Vul-
11 gare verò, nec ſi noſtris credamus, deferri vnquam poteſt quin adſit ſemiple-
na ſaltem probatio. Eadem verò ratione fatendum etiam eſt Iuſtinianeū † de-
ferri interdum actori, etiamſi plenè probauerit, ſi modo præſumptio aliqua
ſit pro reo. Nam cùm in *d. l pen.* ſcriptum ſit poſſe cuicunque parti deferri, ac
proinde etiam actori, & ad ſupplendas duntaxat partis contra quam defertur
probationes, actor verò qui ſuam intentionem impleuit, cogendus non ſit
regulariter vt iuret, nec ſi conſuetudo ſit in contrarium *d. cap. 2. extr. de pro-
bat.* Exceptionem hanc omnino ſubijci neceſſe eſt, niſi præſumptio aliqua ſit
pro reo, ſiue quòd defenſionis ſuæ cauſſas ſemiplenè probauerit, ſiue quòd
aliud quidpiā ſit ex quo lis dubia conſtituatur. Alioqui eſſet actor fauorabi-
lior reo, quòd abſurdū quoq. eſſet vulg *l. Arianus 41. de oblig & act. l. fauora-
biliores. de reg. iur.* Nec ad rem facit quòd actor qui ſolus plenè probauit, de-
beat obtinere. Nā & pari argumentatione poſſis concludere nec cogendum
vnquā reū iurare, tametſi præſumptio aliqua ſit pro actore cōtra *de cap. vlti.*
cū etiāſi nihil probet, obtinere tamen debeat eo caſu quo actor minùs plenè
probauerit, ſed & quod magis mirū eſt, poteſt interdū actori ipſi qui in pro-
batione deficit, iuſiurandū hoc deferri, ſed perrarò & ex cauſſarū ac perſona-
rū qualitate *d. c. vl. §. fi.* Puta ſi rei perſona vſq. adeò vilis ſit & infamis vt de-
ferri ei iuſiurandū ſine magno & euidēti periculo non poſſit. Quod cùm ac-
cidit prudētis iudicis officio incumbit vt neq. periurij occaſionē prębeat, ne-
que patiatur eo deterius fieri ius actoris qui maximas pro ſe habeat pręſum-
ptiones. Finge rurſus tractari de feudi inueſtitura inter dominum & vaſſal-
lum qui ſit reus idémque poſſeſſor feudi. Si dominus idémque actor deficiat
in probatione & longa ſit vaſſalli poſſeſſio, iuſiurandū vaſſallo deferendū eſt.
Sin noua eius poſſeſſio eſt, iuſiurandū deferri domino debet quamuis actori
niſi aliud ſit quod vrgeat pro poſſidēte *lib. 2. feudor. tit. 33. De cōſuet. rect. feud.
§. vlt.* Nempe quia pro eo præſumptio eſt propter naturam feudi *lib. 1. feu-
dor. tit. 26. ſi de inueſtit. int. domin. & vaſſall. lis oriat.* Adde quod *tit. 4.* eiuſdem
libri ſcriptum eſt. *Si de inueſtit. feud. controuerſia fuer.* Et *tit. 10. De content.
int. domin. & fidel. de inueſtit. feud.* quibus in locis videas ſolitū fuiſſe olim &
in feudis iuſiurandum hoc regulariter deferri non actori qui in probatione
defeciſſet, quāuis eſſet ille feudi dominus, ſed reo eidémque poſſeſſori. Quod
& in cæteris cauſſis ſimiliter obtinuiſſe, hoc eſt vt frequentiùs deferretur reo
quàm actori (licèt actori quoque deferri aliquando poſſet) Tribonianus do-
cuit ſatis in *d. l. admonendi,* iis verbis, *Sed hæ constitutiones tunc videntur locum
habere cum à iudice aliquis abſolutus fuerit.* Quibus verbis nihil ſanè aliud ſi-
gnificare voluit, quàm eas conſtitutiones, de quibus hoc loco tractatur, non
niſi ad neceſſarium iuſiurandum pertinere. Quaſi ſæpiùs eueniat vt ex neceſ-
ſario iureiurando quis abſoluatur, quod tamen nonniſi reo conuenit. Actor
enim cùm vincit non abſolui dicitur, ſed obtinere. Sed tamē negari non po-
teſt,

Digitized by Google

teſt,quin actori quoque interdum deferretur, non ad ſupplendas ipſius probationes, præterquàm ſuperioribus caſibus,aliiſque ſimilibus ſi qui ſunt, ſed ad ſupplẽdas probationes rei,ſi fortè,vt ſuprà dixi,actor quidem plenè probaſſet,ſed contra eum tamen aliqua pro reo præſumptio vrgeret.

ERROR QVARTVS.

De caſibus in quibus Iuſtinianeum iuſiurandum deferri poteſt.

SVMMARIA.

1 *Iuſiurandum Iuſtinianeum quando deferri non poſſit.*
2 *Quibus caſibus deferatur: & num. 3.*
4 *Quando locum habeat.*
5 *Senatus Pariſienſis iuramento ſuppletino cur non vtatur.*
6 *Iuramentum ſuppletinum quando alij admittant.*
7 *In quibus cauſis locum non habeat ex Accurſij & Bartoli ſententia.*
8 *Senatus Sabaudicus iuramentum ſuppletinum quando admittat.*
9 *Item quando iuſiurandum Iuſtinianeum.*

APPARET ex ſuperioribus nec † ſemper,nec omnibus deferri 1
ri poſſe iuſiurandum hoc quod nos Iuſtinianeum appellamus.
Quid enim ſi actor nihil omnino probauerit, vt nulla pro eo
ſubſit præſumptio? Non erit reus onerandus iureiurando.
cap. vlt. §. vlt. à contr.ſenſ. extr.de iureiur. Quid ſi intentionem
ſuam pleniſſimè reus probauerit?Multò minùs onerãdus
erit,quãuis præſumptio aliqua faciat pro actore *cap.2.extr.de probat.* Idémque
admittendũ vtarem, ſi minùs plenas quidem haberet probationes, ſed quæ
tamen contrariam præſumptionem qua actor nitebatur eliderent. Præſumptio
namque leuior eliditur per grauiorem, ſicut & minùs plena probatio
per pleniorem. Quid rurſum ex parte actoris ſi is intentionem ſuam minùs
plenè probauerit? Non erit ei permittendum vt iuret quamuis nihil prorſus
à reo probatum ſit, quoniam hoc ipſo vinci debet quod intentionem ſuam
non impleuerit,ſatiſque ei indulgetur, quod propter præſumptionem quam
pro ſe habet iurare cogitur reus, iam alioqui de litis victoria ſatis ſecurus.
Quid ſi plenè probauerit? Diſtinguendum eſt an reus quoque pleniſſimè pro-
bauerit an non. Poſteriore † caſu æquum non eſt deferri iuſiurandũ reo qui 2
ſit condemnandus,ſed actori potiùs,quia vbi ſuã ille intentionẽ probauit,fauorabilior
eſt reo qui in ſuarum exceptionũ probatione defecit. Nec obſtat
quod ſuprà diximus,eum qui ſuam intentionem pleniſſimè probauerit non
eſſe cogendum iurare,*dict. cap.2. de probat.* Id enim facit præſumptio, quæ eſt
pro reo. Neque rurſus obſtat quod proximè negauimus iurare debere reum
qui pleniſſimas ſuæ exceptionis habeat probationes. Nam obſeruandum eſt
hac parte fauorabiliorẽ eſſe reum actore in eo quòd actorem qui plenè non
probauit, duplici iure poſſit vincere, & quia reus eſt,eique ſufficit nihil aut
minùs probaſſe actorẽ(cùm ex contrario actor qui vel nihil prorſus vel minùs
plenè probauit, nunquã poſſit vincere) & quia plenioribus nitatur probationibus,
quæ etiamſi pares eſſent, actoris tamen probationes ſuperarent.
Actor verò cùm nunquã vincat tanquam actor,cuius ſcilicet cauſa hac parte
minùs fauorabilis eſt, vno tantùm caſu poteſt vincere, videlicet ſi

Digitized by Google

beat probationes:ac proinde hoc vno caſu æquum eſt iurare eum ſi aliqua ſit
pro reo præſumptio,ne alioqui nullo caſu iuret, indéque eueniat vt dum ca-
uemus ne duriorem actoris quàm rei cõditionem efficiamus hoc ipſo durio-
rem cõſtituamus cauſſam rei quàm actoris.Siquidem illo etiam caſu quo ab-
ſolui reus deberet citra iuſiurandum propter deficiẽtes actoris probationes,
iurare tamẽ eum cogimus ſi modò aliqua ſit pro actore præſumptio.Nec in-
utile erit iuſiurandum hoc quod actori deferendum eſſe dicimus, cùm ſi
referatur reo,futurum ſit vt vincat ille, & propter autoritatem delati ſibi à
parte iuriſiurandi,& quia actor etiamſi pleniſſimas habeat probationes, vin-
ci adhuc poteſt,nimirum ſi reus quoque plenè probauerit. At ex contrario
reus qui plenè probauit vinci numquam poteſt,quia cæteris paribus potiorẽ
habet ad vincendum cauſſam.Itaque vt poſteriorẽ diſtinctionis partem tra-
ctemus, ſi vterque pleniſſimè probauerit ita vt ex cõflictu & paritate proba-
3 tionum cauſſa ſit dubia,dico† deferendum eſſe iuſiurandũ reo,non actori,hac
vna ratione quòd cęteris paribus maior ſemper eſt pro reo,quàm pro actore
præſumptio vt vincere debeat. Illud autem perpetuum eſt vt iuſiurandũ hoc
neceſſarium quòd purgationis eſſe diximus, ei deferatur cui minùs neceſſe ſit
iurare ad victoriã deferendam.In eóque nimirum verſatur maximè,ni fallor,
illa cauſſæ cognitio quæ requiritur in *d.l.3.C.de reb.cred.* Quamuis non pro-
bem *Franciſ.Duar.lib. 2. Diſp. ca.* 33. qui ad hunc vnum caſum coarctauit v-
4 ſum iuriſiurandi huius neceſſarij. Habet enim locum † quoties pro eo con-
tra quem iuratur, aliqua præſumptio eſt quę partis aduerſæ probationibus,vt
dictũ eſt,nõ elidatur.Apparet igitur ex cõmuni interpretum noſtrorũ erro-
re potiùs quàm ex aliqua ratione profectum ius illud quo paſſim hodie vti-
mur vt ei qui ſemiplenè probauit,ſiue actor ſit,ſiue reus, iuſiurandũ hoc ne-
5 ceſſarium deferatur. Atque ideò quod notãdum† magis quàm mirãdum eſt,
nõ ſolet Senatus Pariſienſis eo iure vti,ſi *Paponio* credimus in *Syntagmat. A-
reſtorum*, & *Rebuff. in præfat. ad conſtit.reg.* ſiue quòd iniuſtum abſurdúmque
6 id viſum ſit,ſiue quòd rerum magiſter vſus docuerit quàm faciles ſint pleriq;
hominũ ad peierandũ,vel pro re quæ ſit minimi momẽti. Alii† quib9 maior
religio,aut potiùs ſuperſtitio fuit tot tantorúmq;interpretum ſententiã cor-
rigere, lenierũt duntaxat interpretatione, dubiámq; cauſſam dixerunt in qua
is qui minùs plenè probauit , habeat tamen plus quàm ſemiplenã probatio-
nem:puta teſtem vnũ integrum,ac præterea aliũ minùs integrũ,aut alia quę-
dam indicia. Quod à Senatu Burdegalenſi obſeruari ſolitum teſtatur ſupra-
7 dicto loco idem *Paponius Areſt.*9. Alij† denique addiderunt,in eóque omnes
conueniunt non eſſe iuſiurandum hoc deferendum in cauſis arduis , puta ſi
de matrimonio agatur,aut de crimine,ſed tantùm in ciuilibus cauſſis leuio-
ribus.Poſt *Accurſium* & *Bart. in l. 3. §. quacumque de iureiur.* Pro qua ſen-
tentia facit non male *text.cap. ex inſinuatione. Extr. de procurat.* vbi reuoca-
tio mandati quæ coram duobus teſtibus facta eſſe dicebatur , per vnum te-
ſtem probatur iuncto reuocantis iureiurando, nimirum,vt puto,quòd nulla
ex eo ſequatur condemnatio , ſed tantùm vt appareat falſum procuratorem
fuiſſe eum qui ſe vinci paſſus fuerat. Quæ res quoniam non tollit ius partis
videtur modici eſſe præiudicij. Niſi probabilius quis putet ei reſcripto
pontificio cauſſam dediſſe vulgarem interpretum errorem qui iam tum in-
crebuerat,vt & illud quod de duplicis quartæ deductione ſcriptum eſt in
8 *cap. Raynutius, & cap. Raynaldus. Extr. de teſtam.* Senatus† noſter ex receptiſſi-
ma inter-

ma interpretum ſententia iuſiurandum hoc paſſim admittit, ſi modò ſemiplena ſit probatio, quæ præſumptionem facere poſſit, hoc eſt, quæ contraria probatione non ſit labefactata, aut niſi eius qui in probatione deficit, perſona talis ſit, cui propter infamiam iuſiurandum deferri oporteat: ſemiplenam verò probationem intelligimus ſi vel vnus teſtis adſit, dummodo integer, omniſque, vt loquimur, maior exceptione, ſi quid enim ſit, vel minimū quod eius fidei detrahat, iuſiurandum non defertur, ſicut nec ſi cauſſa ſit ardua & magni momenti, niſi hoc caſu adſit plus quàm ſemiplena probatio, vt Aymo Crauet. reſpondit conſil. 198. num. 10. Quænam autem dicenda ſit cauſſa ardua, vel leuior, quænam rurſus dubia aut certa, nullis regulis definiri poteſt, ſed facti quæſtionem habet, quæ ex perſonarum & rei de qua agitur qualitate, arbitrio iudicis diiudicanda eſt. Sanè & quotie † æquitas poſtulat, iuſiurandum illud Iuſtinianeum & purgationis, de quo diximus, Senatus noſter 9
deferre ſolet, ei videlicet quem alioqui conſtet debere vincere: ita tamen vt nō eo minùs liceat aduerſario noua inſtrumēta, adeóq. nouas quaſlibet probationes adferre, quibus fretus poſſit eum qui iurauerit ſuperare. Sic enim ex tēpore pronuntiatū memini 3. Id. Feb. 1589. ex *d. l. admonendi* quę hoc potiſſimùm caſu procedit. Tametſi cùm is qui iureiurando exacto cōdemnatus eſt, non niſi nouis inſtrumentis nititur, quæ poſt iuſiurādum præſtitum à ſe inuenta profiteatur: nulla, vt puto, hac parte differētia ſit inter iuſiurādum hoc purgationis, & cætera, quemadmodum ex ſequentibus clariùs intelligetur.

ERROR QVINTVS.

De lite poſt iuſiurandum præſtitum ex nouis inſtrumentis retractanda.

SVMMARIA.

1 *Deciſam iureiurando controuerſiam ſub prætextu periurij, aut inſtrumentorum poſtea repertorum retractari non poſſe vulgò creditur. & nu. 3.*

2 *Iuſiurandum comparatur rei iudicatæ, imò maiorem habet autoritatem.*

4 *An qui legatum ſibi aut fideicommiſſum deberi ex teſtamento nondum reperto deferente herede iurauit & obtinuit, debeat illud habere ſi ex teſtamenti tabulis poſtea appareat nihil ei relictum fuiſſe à teſtatore.*

5 *Deciſio Iuſtiniani in l. vlt. C. de reb. cred. & iureiur. & deciſionis ratio vera.*

6 *Iuſtiniani conſtitutionem ad alias quoque ſpecies quibus accommodari poteſt ratio deciſionis, pertinere. & ſeqq.*

7 *Expenditur exceptio ad illam l. 1. C. de reb. cred. & iureiur.*

8 *l. Admonendi, 31. D. de iureiur. Triboniani magnam partem eſſe, non Caij ICti.*

9 *Quæ requirantur vt de periurio agi poſſit, poſt deciſam iureiurando controuerſiam.*

10 *Iuſtiniani conſtitutio ad quos caſus pertineat.*

11 *Expenditur comparatio iuriſiurandi, tranſactionis & rei iudicatæ.*

12 *Præter æquitatem neceſſariæ fuerunt conſtitutiones Principum, vt de periurio quæreretur.*

13 *dd. Conſtitutiones non minus de iudiciali, quàm de neceſſario iureiurando intelligi debuiſſe, contra Tribonianum.*

14 *Tribonianum interpolaſſe l. 1. C. de reb. cred. & iureiurand.*

POST deciſam † iureiurādo cōtrouerſiam, nec de periurio ſuperesse quæſtio poteſt, nec periurio præiudicium vllum fieri *l. 1. in duobus 28. §. vlt. & paſſ. D. de iureiur. l. 1. C. eod. l. quod ſi deferente 21. cum ſeq. D. de dolo.* Iuſiurandū enim ſiue voluntarium ſit, ſiue iudiciale tranſactioni cōparatur. *l. 2. D de iure-* 1

iur. Tranſactio autem ſub prætextu inſtrumentorum licèt poſtea repertorum
irrita fieri non poteſt *l. ſub prætextu 19. C. de tranſact.* ſicut nec ſub prætex-
tu ſpecierum, hoc eſt rerum quæ tranſactionis tempore ignorabantur, ſi mo-
dò comprehendi poſſint illæ ſub earũ genere, de quibus generali tranſactio-
ne actum eſt (nam ad eas, de quibus cogitatum non fuit extendi tranſactio a-
lioqui non poſſet *l. ſi de certa re 31. C. eod. l. cùm Aquiliana 4. D. eod.*) Quæ ſen-
tentia eſt *l. ſub prætextu ſpecierũ 29. C. eod.* in qua malè vulgò *ſpecierũ* inter-
pretantur *inſtrumentorum.* Comparatur etiam iuſiurãdũ rei† iudicatæ, adeó-
que maiorem habere dicitur autoritatem quàm res iudicata *d. l. 2. D. de iure-*
iur. Nempe quoniam & poſt rem iudicatam appellatio interponi poteſt *l. &*
poſt rem 7. l. poſt rem 11. D. de tranſact. At à iuriſiurandi præſtatione nec is
appellare poteſt qui detulit, nec qui iurauit *l. generaliter. pen. §. 1. C. de reb. cre-*
d. t. & iureiur. Porrò nec res iudicata reſcindi poteſt ſub obtentu inſtrumen-
torum poſteà repertorum, *l. ſub ſpecie. C. de re iudic. l. Imperatores 31. D. eod. l.*
3 *cùm de hoc 27. D. de except. rei iudicat.* Ergo neque iuſiurandum †. Idque eſt
quod ait *l. 1. C. de reb. credit. & iureiur.* nec prætextu periurij retractari poſſe
cauſſam quæ iureiurando aut voluntario aut iudiciali deciſa ſit, id eſt, ne
quidem prætextu inſtrumentorum aut aliarum probationum, ex quibus
doceri poſſit de periurio, imò nec ſi alia ſpecies actionis ex eadem tamen
cauſſa proponatur *d. l. in duobus. §. exceptio. & §. qua iurauit. D. eodem.* De
illo enim duntaxat quærendum eſt an iuratum ſit: nec audire iudex debet
eum qui tentare velit an periurium probare poſſit, *l. ſi duo 13. §. idem Iulianus.*
4 *in fine. D. eodem.* Quid ergo ſi quis legatum† fortaſſe vel fideicommiſſum pe-
tens ex teſtamento nondum reperto, aut quod amiſſum putabatur, iurauerit
deferente herede ſibi relictum eſſe quod petit, atque ita obtinuerit, cùm ex
teſtamenti tabulis poſteà repertis appareat nihil prorſus ei datum fuiſſe à te-
ſtatore? annon iniquiſſimum ſit, adeóque ridiculum retinere eum legati vel
fideicommiſſi iure quod nec ciuilibus nec precariis verbis relictum fuit,
ob hoc ſolùm quòd impudenter peierauerit? Ita ſanè eſt. Ob eámque cauſ-
ſam cùm hæc quæſtio apud veteres iuris autores controuerſa eſſet, nonnul-
5 lis plus periurio iuriſque rigori quàm æquitati tribuentibus, placuit † Iuſti-
niano in *l. vltima. C. de reb. credit. & iureiur.* vt quod ex periurio ſuo actor
conſecutus fuerit, reſtituere tanquam indebitum compellatur, an fortaſſis
fauore vltimarum voluntatum? Sic equidem nonnulli exiſtimant. Quaſi in
iis, quæ pendent ex teſtamento, quod nec viſum, nec lectum ſit, minor eſſe
debeat iuriſiurandi poteſtas. Exemplo etiam tranſactionis, quæ ſi fiat non le-
ctis verbis teſtamenti, hoc ipſo nulla eſt *l. 1. §. 1. D. teſtamẽ. quemadmod. inſpic.*
l. de his 6. D. de tranſact. adeóque ex codicillis poſteà repertis facilè fit irrita
l. 3 §. cùm tranſactio. l. non eſt ferendum 12. D. eod. Sed videamus ne nõ ſatis rectè
hoc dicatur. Nam cùm neſcitur vbi ſcriptura teſtamenti ſit, & de legato
nihilominùs contenditur, quod facto per nuncupationem teſtamento pro-
bari per teſtes poteſt, fieri certè nequit vt de lite tranſigatur cognitis
perſpectiſque verbis teſtamenti. Ideóque caſu iſto admittendum eſt vel
non eſſe locum ſupradictæ regulæ, vel quòd ſit longè improbabilius, de hu-
iuſmodi controuerſia tranſigi nullomodo poſſe. Sed & obſeruandum
illud eſt non negare Iuſtinianum quin valuerit ab initio iuſiurandum
ſuper legato interpoſitum priùs quàm de teſtamento conſtaret, ſed illud
tantùm conſtituere, vt ſi contra teſtamenti veritatem iuratum fuiſſe ex

poſtfacto

poſtfacto appareat, non proſit victori peieraſſe. *Ne cui*, inquit, *ex delicto impium ſibi lucrũ adſerre legibus noſtris cócedatur*. Quæ ratio † ſicuti generalis eſt, 6
ita & ad cæteras quoque ſpecies omnes quibus conuenit, accommodari debet ea Iuſtiniani conſtitutio. arg. *l. illud 32. D. ead. leg. Aquil. l. 3. §. vnde. D. de iniuſt. rupt.* Finge enim cùm à te peterem centum, quæ tibi à patre meo aut alio cuius heres extiterim, credita dicebam, iuraſſe te ſiue ex conuentione, ſiue deferente me in iudicio non fuiſſe tibi credita, nec quicquam te patri meo vnquam debuiſſe, atque ita ſecutam abſolutionem. Si poſtea repertum chirographum exhibeam, aut inſtrumentum creditæ pecuniæ publica etiam fide ſubnixum, quis tam euidenti periurio tuo vſque adeò fauendum exiſtimet, vt neget permittendũ mihi eſſe cauſſam ex integro agere, centúmque illa petere? Idémque ex contrario tractari poteſt ſi iuraueris debere me tibi centum quæ patri meo credideris, & poſt factam ex cauſſa iuriſiurandi, ſecutique iudicati ſolutionem, apocham nactus ſim quam tu paucis fortaſſe antè menſibus vel annis patri meo, abſente & ignorante me, tradideras. Cur enim pecuniam meam ex falſa peierati mutui cauſſa retinere tibi liceat, quam ſi tibi ſoluta eſſet tanquam legata poſt iuſiurandum à te præſtitum retinere nullomodo poſſes? Mouet † me prætereà quod in *dict. l. 1. C. de reb. credit. & iureiur.* quæ cauſſam iureiurando voluntario aut iudiciali deciſam prætextu periurij reſtaurandam eſſe negat, exceptionem hanc Imperator Antoninus ſubiecit *niſi ſpecialiter hoc lege excipiatur.* Quænam enim, obſecro, alia exceptio ad eam regulam iuſtior & ſanctior eſſe potuit? Niſi fortè quis putet verba illa Triboniani eſſe reſpicientis ad Iuſtiniani conſtitutionem in *dict. l. vlt.* Quod etſi nec nouum fuerit, nec improbabile, vt ad finem capitis dicemus, ſi tamen contendas eſſe Antonini, planè non video quam poſſint habere interpretationem, ſi noſtra reiiciatur. Nam ſi dicas exceptum intelligi, iuſiurandum neceſſarium quod à ſolo iudice in dubiis cauſſis defertur citra petitionem & volũtatem eius contra quem iuratur *l. 3. C. eod.* in quo genere iuriſiurandi receptum eſt, vt propter noua inſtrumenta ex integro agi cauſſa poſſit *d. l. admonendi 31. D. eod.* non erit exceptio accommodata ad regulam, quæ non eſt de iureiurando neceſſario, ſed de voluntario tantùm & iudiciali. Sed & mouet me non parum, quod in *dicta l. admonendi* traditur, Interdum etiam poſt exactum iuſiurandum permitti conſtitutionibus Principum integro cauſſam agere, nimirum ſi quis noua inſtrumenta ſe inueniſſe dicat, quibus ſolis nunc vſurus ſit. Quod enim ibidem ſequitur, eas conſtitutiones tunc videri locum habere, cùm aliquis à iudice abſolutus fuerit poſt præſtitum iuſiurandum neceſſarium, ſed ſi aliàs inter eos iureiurando tranſactum ſit negotium non concedi eandem cauſſam retractare.
Ego non dubito † quin Triboniani inſcitiam prodat magis quàm Caij elegantiam, non ſolum ſi verborum contextum intueare, ſed etiam ſi ſententiam. Apparet enim iis verbis interpretationem fieri conſtitutionum, Conſtitutiones autem de cauſſa per iuſiurandum deciſa indiſtinctè locutas fuiſſe, alioqui non erat cur ita ſcriberetur, *ſed hæ conſtitutiones tunc videntur locum habere*, ſi nominatim de iureiurando neceſſario Principes reſcripſiſſent. Porrò facta ſimpliciter iuriſiurandi mentione non intelligo cur ad tertiam & poſtremam eius ſpeciem coanguſtari debeant, cùm duabus aliis ſpeciebus æquè propriè cõueniat iuriſiurãdi appellatio. Eóque accommodatiùs in propoſito, quòd vix alio vllo Pandectarum loco reperias mentionem 8

factam iuriſiurandi neceſſarij à iudice deferendi. Multóq; minùs traditum, li-
cèt verum ſit quod de voluntario & iudiciali paſſim ſcriptũ eſt, poſt exactum
iuſiurandũ neceſſarium de periurio quærendũ non eſſe. Sed nec credibile eſt
adeò dubiè ſcripturũ fuiſſe Caium, ſed multò certiore iuris ſcientia ſic po-
tiùs *hæ conſtitutiones tunc locum habent*. Adde quòd & ſequẽtia illa prorſus in-
epta ſunt *cùm à iudice quis abſolutus fuerit*, ſi de neceſſario tantùm iureiurãdo
generales Principum conſtitutiones intelligere Caios voluit. Nam & exacto
iudiciali iureiurando idem accidit vt à iudice abſoluatur qui deferente ad-
uerſario iurauit ſe non debere. At neque neceſſariò ſemper conueniunt. Quid
enim ſi non reo ſed actori delatũ ſit, iſque iurauerit? Non de abſolutione tra-
ctandũ erit, ſed de condemnatione actoriſq; victoria *l.2. D.de re iudic.* Sequi-
tur enim ſolere ſæpe iudices in dubiis cauſſis exacto iureiurando ſecundùm
eum iudicare qui iurauerit, ac proinde non ſemper ſecundùm reum, ſed ple-
rumque etiam pro actore ſi ei potiùs quàm reo deferendũ iuſiurandum vi-
deatur, quod in cauſſæ cognitione poſitũ eſt *d.l.3.C.eod.tit.* Rurſus quod ſub-
iicitur *quod ſi aliàs inter ipſos iureiurando tranſactum ſit negotium*, nõ ſatis ex-
primit an de voluntario tãtùm an de iudiciali quoque idipſum intelligi de-
beat. Cùm enim iudiciale interuenit, tranſactum quidẽ dicitur negotium, at
nõ inter litigatores, vt cùm ex ipſorũ pactione, ſed ex autoritate iudicis *l.1.D.
eod.* In qua obſeruãdũ eſt duplicis dũtaxat iuriſiurãdi habitã mentionẽ, nõ e-
tiã tertij quod neceſſariũ appellamus, niſi ſub iudicialis quoq; nomine velis
contineri ob id quod à iudice deferatur. Poſtremò verba illa legis vltima *nõ
cõceditur eãdẽ cauſſã retractare*, legũ Codicis & Iuſtiniani præſertim, potiùs
quã vllius ex Iurecõſultis elegãtiã ſapiũt, cùm ſit poſita pro eo quod in prin-
cipio legis ſcriptũ eſt *cauſſam ex integro agere*. Itaque niſi me valdè fallo, tota
hæc interpretatio, vt iam in ſuperioribus præmonui, Triboniani eſt, nõ Caij,
qui nõ abs re admonendos nos putauit, interdum etiam poſt exactum iuſiu-
randum permitti conſtitutionibus Principum ex integro cauſſam agere ne
generalis regula quæ in contrarium extat, incautum quem deciperet. In his
enim quæ ſunt ex bono & æquo contra receptas iuris regulas iudicanda ple-
rumque ſub autoritate iuris ſciẽtiæ pernitioſè erratur, *l.ſi ſeruum 91. §.ſequi-
tur.de verbor.obligat.* Quiſnam verò caſus ille ſit ſubinde Caius exponit *ſi quis*
inquit, *noua inſtrumẽta ſe inueniſſe dicat, quibus nũc ſolis vſurus ſit.* Primùm er-
9 go requiritur † vt inſtrumentis nõ teſtibus periurium probetur, credo, ne a-
lioqui facile ſit condemnato teſtibus hinc inde conquiſitis & pecunia quaue
alia arte redemptis periurij probationem comminiſci, atque ita probi for-
taſſis viri qui iurauerit religionẽ famámq; perſtringere. Et in hoc errans iam
olim Labeo qui periurij probationes quaſcumque admittebat vt cõtra peie-
rantẽ daret actionẽ de dolo, à cæteris meritò notatus eſt *d.l.quod ſi deferente
21. D.de dolo.* Alterum eſt vt inſtrumenta ſint noua, hoc eſt poſt pręſtitũ iuſ-
iurandum reperta, idque dicat ipſe qui cauſſam vult ex integro agere. Dicat
autẽ non verbotenus, ſed ex animo & bona fide. Etenim quid ſi is qui inſtru-
mentum habebat ex quo decidi ſtatim controuerſia poterat, non ſolùm ex-
hibitionem dolo malo diſtulerit, ſed etiam iuſiurandum ea mente detulerit
vt certum periurij crimen aduerſarius incurreret? An non ſit improbiſſimus
& dignus qui hoc ipſo litis iacturam in perpetuum patiatur? Ego ne de-
linquendi occaſio detur, commodiſſimum erit id obſeruari, vt qui ſe noua
inſtrumenta inueniſſe dicit, iuret ita eſſe, purgétque ſe de dolo malo, quod

noſtri

noſtri, iuſiurandum purgationis appellant. Sic enim & *Bartolus* ipſe tradidit ad *d.l.admonendi*, quem ſequitur *Guid.Pap.quæſt.244.num.3.* Tertium eſt vt victus proteſtetur iis ſolis inſtrumentis ſe vſurum, quæ noua inuenerit. Ex quo apparet debere inſtrumenta eſſe eiuſmodi ex quorum ſola exhibitione periurium probari poſſit. Nam ſiue alias probationes concurrere neceſſe ſit quæ non ita ſint in promptu, ſiue præcedentes ex quibus poſſit nouis inſtrumentis adminiculum aliquod accedere, non eſt audiendus qui quærere vult de periurio. Exemplum autem apertiſſimum ſumi poteſt ex *dict. l. vlt. C. de reb.credit. & iureiur.* & aliis caſibus quos ſuprà retulimus. Quibus omnibus commune illud eſt vt ex ſola inſtrumenti vnius editione de periurio euidentiſſimè appareat: quod ipſum tamen eò pertinet, non vt qui malè iurauit de periurio condemnetur, ſed vt perinde acſi non iuraſſet vincatur. Nec diuerſum erit ſi in eandem rem plura inſtrumenta exhibeantur. An finge, Cùm à te centum peterem quaſi tibi à patre meo credita non tantùm iuraſſe te non fuiſſe tibi credita, ſed etiam quod plus eſt nihil te mihi debere, delato ſcilicet de ea re iureiurando. Si proferam inſtrumentum creditæ pecuniæ, non idcirco mihi cauſſam ex integro agere permittendum erit, quia cùm eo ſolo vti debeam, fieri non poteſt vt proſit mihi ad victoriam. Siquidem non probat centum te nunc debere, ſed aliquando debuiſſe. Atqui fieri poteſt vt debueris & ſolueris. Etſi autem ſolutio quæ facti eſt non præſumitur niſi probetur *l.conſilio 7.§. vltim. D. de curat.furioſ.* quia tamen hæc facti quæſtio ex ſolo inſtrumento decidi non poteſt, conſequens eſt vt ſub prætextu eius inſtrumenti periurio tuo præiudicium mihi facere non liceat. Idémque ſimilium eſto iudicium: quamobrem attentè hîc conſiderare iudex debet quibus verbis delatum ſit iuſiurandum & præſtitum, vt ſciat an ſuper tota cauſſa debiti iuratum ſit nécne, *dict. l.ſi duo 13.§.idem Iulianus. & §.ſi quis iurauerit, dict. l.in duobus 28. §.ſi ei qui & §.igitur ſi quis iurauit l.ſi actor.36.l.iuſiurādum à debitore 40.D.de iureiur.* Alioqui ſi quoties dolo malo iurantis aliquid factum eſſet, liceret cauſſam ex integrò agere, vtique de periurio quæſtio ſemper ſupereſſet, cùm ſemper dolo faciat qui peierat, & periurij reus ille demùm ſit qui ſciens fallit, ſecundùm veterem iuriſiurandi formulam à *Iacobo Cuiacio* relatam *lib. 1. Obſer. capit. 21.* Propter quod nec peierare pupillus dicitur quia ſciens fallere non videatur *l.qui iuraſſe 26. eod.* nec contra peierantem dabat Labeo aliam actionem quàm de dolo *dict.l.quòd ſi 21.de dolo.* Et tamen negari non poteſt quin Iuſtiniani † conſtitutio in *dict. l.vltim.C. eod.* ſuis circa inſcripta ſit limitibus, non vt ad vltimarum duntaxat voluntatum fauorem reſpiciat, vt vulgò interpretes & pragmatici malè ſentiunt, ſed vt ad eos tantùm caſus pertineat in quibus vt in illo qui proponebatur, tota periurij probatio nouorum inſtrumentorum fide concludatur. Ita enim fiet vt de periurio non facilè quidem quæratur *l.vltim. D.de in lit.iur.* ſed tamen quæratur aliquando, id eſt cùm euidens æquitas ſuggerit *dict.l.admonendi, & dict. l. 1. & vltim. C.de reb.credit.& iureiur.* Neque eò minùs ſubſiſtit † comparatio illa quam initiò admiſimus iuriſiurandi, tranſactionis & rei iudicatæ. Imò verò iuriiurando longè plus quàm cæteris tribuimus. Non enim ob dolum quemlibet de periurio quæri poſſe volumus: cùm tamen dolus quilibet ſi modò ſit ex propoſito, vt noſtri loquuntur, iuſtam cauſſam præbeat reſcindendæ tranſactionis. Nam eas demùm tranſactiones ratas lex habet, quæ non

per vim vel per dolum, ſed bona fide interpoſitæ ſint *dicta l. ſub prætextu. l. interpoſitas* 13. *& paſſim C. de tranſaction.* Sicut & aduerſus rem iudicatam nihil prohibet dari reſtitutionem negotii ex cauſſa & permittente Principe ſub obtentu præſertim nouorum inſtrumentorum, non tantùm in negotio reipublicæ *dicta l. Imperatores* 35. *de re iudic. aut pupilli l.* 3. *C. de iur. reipublic. li.* 11. quibus eccleſiam quoque noſtri comparant poſt *Baldum in d. l. ſub prætextu.* ſed etiamſi inter priuatos agatur, adeóque tametſi noua inſtrumenta nulla ſint ſi dolo victoris circunuentam iudicantis religionem probetur *l. Diuus* 33. *D. de re iudicat. l. prætor* 75. *verſ. Marcellus notat* D. *de iudic.* 1 ó que iure
12 paſſim vtimur. Cæterùm non ita facilè induci potuiſſe vt † quantumuis æquitas ſuggereret de periurio vllo caſu quæreretur, ex eo intelligimus quòd neceſſariæ in eam rem fuerunt conſtitutiones Principum, quas Caius refert in *d. l. admonendi.* Itémque *dicta lex vltim. C. eod.* denique legis autoritas, vt lo-
13 quitur *d. lex.* 1. *eod.* Eas porrò conſtitutiones † non minus de iudiciali quàm de neceſſario iureiurando intelligi debuiſſe quicquid Tribonianus ſcripſerit ex illo conſtat quòd non ſit minùs fauorabilis qui iurat deferente iudice, quàm qui deferente aduerſario. Imò fauorabilior hoc ipſo quòd aliis probationibus nititur, ideóque, ſi pragmaticis credimus, litis expenſas obtinet, quas deferente aduerſario iurans non obtineret, vt ſequenti capite dicemus. Taceo quod dici ſolet in iudiciis quaſi cõtrahi *l.* 5. *§. idem ſcribit* D. *de pecul.* & quod à iudice fit à parte perſæpe factum videri *l.* 1. *C. ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit l. ſi ob cauſſam* 13. *C. de euict.* Denique ſi ponas tam ab actore quàm à reo plenè probatam cuiuſque intentionem, vt ſit interdum, maximè ſi teſtibus contendatur, ob idque dubiam eſſe cauſſam, vt iudex alterutri iuſiurandum deferre debeat ex *dicta l. admonendi.* Quæro quomodo fieri queat vt poſt exactum iuſiurandum noua inſtrumenta victus proferat, quibus ſolis vtendo poſſit vincere? Siquidem probationibus reiectis relinquetur neceſſariò, vt qui antè iurauit & vicit, iterum vincere debeat etiam citra iuſiurandum, quippe qui probationes plenas habeat nulla contrariarum comparatione labefactatas: aut ſi contingat ex nouis inſtrumentis liquidò quoque probatam victi intentionem, non ideo tamen fiet vt qui ex altera etiam parte plenè probauit, vinci debeat. Quid ergo facere iudex poſſit in cauſſa iterum dubia, niſi vt rurſus deferat iuſiurandum? Cui verò? an illi qui iurauerit? Minimè. An ei contra quem iuratum fuerat? Multò minus. Hoc enim ne in iudiciali quidem iureiurando obtinere poteſt, vt iuſiurandum vnius periurio alterius præiudicium faciat *d. l. in duobus* 28. *§. vltim.* Ergo vel hoc ſaltem caſu fatendum eſt non poſſe vetum eſſe quod de iureiurando neceſſario traditum legimus in *dict. l. admonendi*, & conſequenter Triboniano potiùs quàm
14 Caio adſcribendum eſſe. Quamuis † nec ſibi Tribonianus ipſe conſtiterit qui in *d. l.* 1. *C. de reb. credit. & iureiur.* vbi agitur tantùm de iureiurando iudiciali & voluntario, de ſuo adiecerit exceptionem, quæ ſanè ab Imp. Antonino adiici non potuerat *niſi ſpecialiter hoc lege excipiatur* cùm nulla adhuc tum lege exceptum quicquam eſſet.

ERROR SEXTVS.

De ſumptibus litis iureiurando iudiciali deciſa.

SVMMARIA.

1. *Victus victori in expenſas litis regulariter condemnandus eſt.*
2. *Exceptiones.*
3 *An qui aduerſario inficianti iurare permiſit, & eo iurante victus eſt, in expenſas debeat condemnari?*
4. *Accurſii ſententia affirmans.*
5. *In oppoſitum autoris aſſertio Senatus Sabaudico probata.*
6. *Qui iuramentum retulit deferenti, ſi ob id victus ſit non ideo tamen in expenſas condemnandus eſt.*
7. *Quibus finibus coarctandum ſit quod de remittenda expenſarum condemnatione cùm lis per iuſiurandum deciſa eſt, dictum fuit.*

REGVLA † iuris eſt frequentiſſimè in iudiciis vſurpata, victum 1
victori in expenſas litis condemnandum eſſe, *l. eum quem temerè* 79. D. *de iudic. l. properandum* 13. §. *ſiue autem alterutra. C. eod.*
Nec alias ferè admittit † exceptiones quàm ſi vel mutua fuerit 2
colligantium victoria, quæ proinde expenſarum compenſationi locum faciat arg. *l. fin. §. penult.* D. *de eo per quem fact. erit. l. ſi duo* 36. D. *de dolo. l. domum* 57. *§. vlt. de contr. empt. l. viro* 39. D. *ſolut. matrim.* vel iuſtam litigandi cauſſam habuiſſe videatur is qui victus eſt, quod plerunque & ex variis cauſiis poteſt contingere *l. qui ſolidum* 78. *§. etiam. vbi Bartolus & cæteri de legat. 2.* Sed obſeruandum tamen eſt eo caſu non debere iudicem pronuntiare compenſandas eſſe expenſas, in quo plerique iudices per imperitiam errant. At potiùs nullum expenſarum condemnationi locum eſſe, quod vulgò dicimus *ſans deſpens.* Quid ergo ſi quis aduerſario † inficianti (nam adfirmanti 3
qui quod aſſeuerat probare omnino debeat, vix eſt vt niſi per iuris imperitiam nimiámque ſtoliditatem iuſiurandum quis deferre velit, vt in *l. vlt. C. de reb. credit. & iureiur. l.* 5. D. *eod. l. poſtquam* 5. *§. ſi dies.* D. *vt legat. nomin. caueat.*) iurare permiſerit, eóque iurante victus fuerit? Placuit nonnullis poſt *Ac-* 4
curſ. in *l. generaliter penul. §. bis de præſentibus. ver. an ab altera. C. de reb. credit.* hoc etiam caſu locum eſſe regulæ, quaſi imputare ſibi debeat & facilitati ſuæ expenſum ferre qui iuſiurandum vltrò detulit, arg. *l. ſi ſeruus iurauerit* 27. D. *de iureiur.* Sed diſplicuit † hæc ſententia Senatui. Nec immeritò. Abundè enim 5
ſufficere victori debet quod probandi neceſſitate in totum exoneretur, vt in quæſtione non valde diſſimili Paulus tractat in *l. eum qui* 30. *eod.* quódque in cauſſa ſua veluti iudex fuerit conſtitutus *l. 1. & 2. l. non erit* 5. *§. dato & paſſ. eo. tit.* Expēſarum enim cōdemnatio nō propter lucrū vincentis, ſed in pœnā temerè litigantis infligitur *d. l. eū quē temere. §. hæc autē. Inſtit. de pœn. temer. litig.* Nemo autē dixerit temerè litigaſſe eum qui nō niſi per aduerſarii iuſiurandū victus ſit, cùm fieri poſſit vt qui iurauit peierauerit, nec eò minùs tamen vicerit. Nimirū quia poſteaquàm ſolenniter, & ritè iuratū eſt, de periurio quærēdū nō eſt, ſed de illo dūtaxat an iuratū ſit *l. 1. C. de reb. credit. & iureiur.* cōtemptáque ſacroſancti iuriſiurādi religio Deū ſolū vltorē habet, *l. 2. eod.* vbi quod ſcriptū eſt *ſatis Deū vltorē habet*, ſic accipi debet, vt & ſolū eum vltorē habeat. Quòd ſi victus ſit † non qui iuſiurandum detulit, ſed qui retulit deferēti, multò ma- 6
gis admittendum eſt ſumptuum cōdemnationem fieri nullam oportere. Nam præter id quod relatio ipſa delatio eſt, videri etiam poteſt fauorabilior qui

refert,vel ob hoc maximè quòd iuſiurandum delatū referre vt plurimùm illi ſoleant, qui diuini numinis metu ad ſuperſtitionē vſque ſunt timidiores,quēadmodū Vlpianus ſcribit in *l.qui ſub conditione 8.De condit.inſtit.* In quā tamē partē peccare lōgè tutius eſt ac modeſtius, & Chriſtiano præſertim homine dignius,quàm religionis contēptu facilitatē iurandi præ ſe ferre *l.illud 25.§.1. D.de conſtit.pecun.* Propter quam cauſſam & neceſſarium dici non malè poteſt iuſiurandum huiuſmodi quod refertur, quoniā & ab inuito eo qui iurare nō vult deferendū eſt, *l.manifeſta 38.D.de iureiur.l.delata 3.C.eod.*& ab inuito eo, qui prior detulerat ſuſcipiēdū *l.iuſiurandum 34.§.datur autem.D.eod.* Cùm ex cōtrario quòd primùm defertur,ſit voluntarium, quia nec niſi à volente defertur,nec niſi volenti,in cuius nimirum poteſtate eſt recuſare ſi modò referre malit *d.l.iuſiurandum.in prin.d.l.generaliter 12.§.1.C.eo.* quamuis vtrumque noſtri iudiciale vocent,voluntarium appellantes magis propriè quod ex conuentione deſcendit, & de conſenſu vtriuſque partis extra iudicium præſtatur,

7 de quo *in l.1.eo.l.1.*& aliis pleriſque locis.*D.eo.* Cauendum † tamē diligenter eſt,ne cū vulgaribus pragmaticis erremus, ſi quod diximus de remittenda expenſarum cōdemnatione cùm lis per iuſiurādū deciſa eſt,tā generaliter & indiſtinctè accipiamus,vt nō certis veluti finib. coarctetur. Toties enim id obtinet quoties non aliā vincendi cauſſam habuit qui iurauit, quàm quòd iurauerit. Cæterùm ſi ſuā intētionē aliunde fundatā habuit,iniquiſſimū ſanè futurū ſit,& cōminiſcendis fraudibus aptiſſimum,ſi temerario & improbo litigatori ad euitandam expenſarum cōdemnationem velut remedij loco liceat poſt varios fortaſſe litiū anfractus iuſiurandū deferre.Finge eū qui ex proprio chirographo aut ex inſtrumēto publico & garentigiato,vt aiunt,cōuenjatur,poſt pleraſque friuolas exceptiones oppoſitas in ipſo procinctu cōdēnationis obiicere exceptionē factæ ſolutionis,cuius nullas prorſus habeat probationes,exeâque cauſſa delatū fuiſſe actori iuſiurandū. Si actor iurauerit nihil ſibi ſolutū fuiſſe,nō eo minùs expenſas litis cōſequetur,quia etiā citra iuſiurandum in eo fuit,vt vincere debuerit, niſi fortè proponas ante cōtractā in iudicio morām, nūlliſque præcedentibus tergiuerſationibus delationē iuriſiurandi ſuper exceptione ſolutionis factā eſſe: Finge rurſum diuerſis à reo obiectis exceptionibus ſuper quibuſdā iuraſſe actorem,ſuper aliis,nec delatum fuiſſe iuſiurādum, tandémque ſecutam rei cōdemnationē.Perinde ad omnes expenſas reus condemnabitur acſi nihil iuratum eſſet, idémque multò magis tractari poteſt cōtra actorē,ſi is per viam replicationis iuſiurandū reo detulerit, qui aliis quoque fretus exceptionibus actorē ſuperarit. Nam neque iurare cogitur qui alia ratione litis victoriam poteſt ſibi cōparare. Eo demū igitur caſu delatio præſtatióque iuriſiurandi inducet expenſarum compenſationē,quo ſolū iuſiurandum victoriam pepererit,nec alia de cauſſa ſiue actor,ſiue reus victor euaſerit quàm quia iurauit.Atque hoc iure paſſim Senatus noſter vtitur.

ERROR SEPTIMVS.

De ſumptibus litis per iuſiurandum,vt vocant,ſuppletiuum deciſæ.

SVMMARIA.

1 *An ſumptus vlli debeantur victori litis per iuſiurandum ſuppletiuum deciſa?*

2. *Baldi*

2 Baldi ſententia negans, & eius fulcimentum.
3 Pragmaticorum cõtraria aſſertio & eius ratio.
4 Baldi ſentẽtia ab autore probatur. & nu. 6.
5 Limitatio ſententiæ pragmaticorum.

AT ſi de iureiurando † nec voluntario, nec iudiciali, ſed neceſſario, &, vt vocant, ſuppletiuo tractetur, alia maiórque dubitatio eſt, an victori ſumptus litis vlli debeantur. Dubitandi autem ratio † illa eſt, quòd hoc quoque caſu perinde dici poſſit ſufficere debere victori quòd probandi neceſſitate exoneratus ſit *l. eum qui D. de iureiurand.* quódque vicerit ex probatione, vt loquuntur, priuilegiata. Cùm ſit perpetuum vt citra iuriſiurandi præſtationem condemnandus ſit is qui ad implendam probationum fidem iuſiurandum ſuſcipit. Nam ſi plenæ probationes ſuppetant, iniquè decernit iudex ſi vltrò nullâque cogente ratione improbi fortaſſe hominis religionem lubrico periurij velit credere, aut probum, ſed modeſtum & religioſum virum cui litis iacturam multò libentiùs paſſurus ſit quàm iuraturus, iurandi neceſſitate obſtringere. Atque ita *Baldus* ſenſit ad *Auth. generaliter Cod. de epiſcop. & cleric.* eum qui ex iureiurando huiuſmodi ſuppletiuo victus ſit, ſumptuum nomine condemnari non oportere. Sed alio † iure pragmatici noſtri vtuntur. Ea ratione quod non ex ſo'o victoris iureiurando ſequatur hoc caſu vt ſuperiore condemnatio, ſed ex probationibus quoque præcedentibus, quæ licet minus integræ, non vſque adeò tamen tam parui ſunt momenti, quin veritatis præſumptionem inducant, ſine qua nec volens iudex deferre iuſiurandum poſſet ex *lege admonendi* 31. cuius hanc volunt eſſe *ſententiam D. de iureiurand.* Hancque ſententiam contra *Baldi* traditionem in ſupremis Galliarum curiis paſſim receptam eſſe teſtatur *Rebuffus* diligentiſſimus Gallorum pragmaticus *in tractat. De expenſ. damn. & intereſſ.* & à Senatu noſtro quàm ſæpiſſimè probatam fuiſſe ſcio, Me tamen prò *Baldo* reluctante. Tantum enim † abeſt vt eum contra quem iuſiurandum hoc ſuppletiuum defertur præſtatúrque, in vllas litis expenſas condemnandum eſſe putem, vt nec mihi perſuadere vllomodo poſſim, iuſiurandum hoc deferri vnquam debere, cùm quiſquis in probanda ſua intentione mancus eſt, ſiue actor ſiue reus ille ſit hoc ipſo ſuccumbere debeat, adeóque in litis ſumptus omnes condemnari ſi iuris rationem prudentúmque ſententias interpretum traditionibus præferamus, vt prioribus huius Decadis capitibus à nobis fuſiùs diſputatum eſt. Etſi autem non ignoro quæſtionem hanc ex earum numero eſſe in quibus communis error ius facit, nihílque in foro noſtro eſſe receptius, quàm vt ei qui nonniſi ſemiplenè probauerit ſiue actor ſiue reus ſit iuſiurandum hoc deferatur, mihi tamen videretur error ille coarctandus eſſe potiùs quàm diffundendus. Hactenus ſaltem vt is qui ex proprio iureiurando & teſtimonio contra manifeſtiſſimam iuris rationem litis victoriam ſibi peperiſſet, à petenda expenſarum condemnatione abſtinere, litiſque cuius iacturam facere debuerat lucro contentus eſſe iuberetur. Maiórque ſanè ratio ſuaderet vt cùm ex iureiurando iudiciali & deciſorio lis deciſa eſt, expenſarum condemnationem pateretur is qui detuliſſet, quod nos tamen ſuperiore capite negauimus. Imputari enim poteſt ei qui iuſiurandum detulit cur detulerit ſi alia ratione intentionem ſuam probare potuit: quod ſi non potuit, eſt quod tantò faciliùs expenſarum condemnationem patiatur, quam vtique perinde incurſurus erat etiamſi iuſiurandum non detuliſſet. At ei

contra quem iuſiurandum ſuppletiuum præſtatur nihil imputari poteſt, cùm
& aduerſus inuitum, & vltrò petenti per iudicem deferatur. Illud ſanè mi-
5 nus diſplicet † quod pragmatici fatentur, Non aliter ſumptuum condem-
natione mulctandum eſſe eum contra quem iuſiurandum ſuppletiuum præ-
ſtatur, quàm ſi factum, de quo probando agitur, tale ſit cuius veritatem
probabiliter ignorare non potuerit. Quid enim ſi tanquam heres quis con-
ueniatur ex pacto de retrouendendo quod à defuncto ante multos annos con-
uentum proponatur? Admittunt non eſſe hunc in expenſas litis condemnan-
dum niſi quæ factæ ſint poſt apertas teſtationes, quod nos dicimus, *apres les*
enqueſtes ouuertes & publiees. quia nec ſi pleniſſimæ probationes eſſent, con-
demnaretur, vt hac parte vtroque caſu paria ſint omnia. Eſt enim alieni fa-
cti ignorantia ſemper probabilis *l.vlt.D.pro ſuo.* Ab eo autem tempore quo
apertæ ſunt teſtationes ceſſante alieni facti ignoratione quæ in eum vſque diē
probabilis fuerat, bonam fidem agnoſcere, inquiunt, debuit hic qui ſcire cœ-
6 pit, quid à defuncto conuentum promiſſumque eſſet. Ego verò ne † harum
quidem expenſarum condemnationem iuſtam eſſe admitto. Nam qui ex a-
pertis teſtationibus didicit non niſi ſemiplene probatam fuiſſe actoris inten-
tionem, tantò minùs improbè litigaſſe credendus eſt ſi in lite perſeuerauerit,
ratus fore vt actor qui in probationibus ſuis deficeret condemnari ipſe ex
iuris ratione deberet, niſi velis ei imputare quòd neſcierit, aut non crediderit
futurum, vt apud probos doctóſque iudices communis interpretum error ius
facere vnquam poſſet.

ERROR OCTAVVS.

De iuriſiurandi delati relatione.

SVMMARIA.

1. *Non eſſe perpetuum quod dicitur manifeſtæ eſſe turpitudinis & confeſſionis, nolle nec iurare, nec iuſiurandum referre.*
2. *Non cogetur iurare reus, ſi deferat iuſiurandum is qui deferendi ius non habet, puta pupillus, aut procurator cui mandatum duntaxat vt peteret.*
3. *Idem iuris eſt, ſi aut pupillo, aut procuratori qui nō ſpeciale in eam rem mandatum habeat, iuſiurandum delatum ſit.*
4. *Item ſi deferatur tibi iuſiurandum in eo loco vbi iudicium accipere cogi non poßis.*
5. *Quartus caſus quo non cogitur iurare is cui defertur iuſiurandum.*
6. *Quintus caſus.*
7. *Error interpretum & pragmaticorum.*

1 MANIFESTAE † quidem turpitudinis eſt, & confeſſio-
nis, non iurare nec iuſiurandum referre, *l. manifeſtæ 38.*
D. de iureiu. l.delata 9. C. eod. Sed non eſt tamen hoc per-
2 petuum. Quid enim ſi deferat is, qui † deferendi ius non
habet? puta pupillus cui data non eſt rerum ſuarum adminiſtratio, aut
procurator cui mandatum duntaxat fuerit vt peteret, non etiam vt
iuſiurandum deferret? Non cogetur reus iurare, niſi ponas procurato-
rem hunc habuiſſe bonorum vniuerſorum adminiſtrationem aut in
rem ſuam procuratorem conſtitutum, qui ipſe domini loco habeatur

l.ſed

Digitized by Google

l. ſed ſi tantum 13.§.1.D.*de pact.* Alioqui mandatum ſpeciale requiritur *l.iuſ-*
iurandum quod ex conuentione 17.§.1.*& vlt.cum ll.ſeqq.*D. *de iur.* Mandato ſi-
quidem generali nunquam cenſetur data tranſigendi, decidendique negotij
poteſtas, *l.mandato* 60. *D.de procurat.* Ideóque nec is cui mandata eſt cauſſæ
actio tranſigere poterit aut iuſiurandum deferre, quia inter cauſſæ actionem &
litis deciſionem permultum intereſt *l.tranſactionis* 7. *C. de tranſact.* ſicut nec
ei ſolui poteſt, nec habet ille iudicati actionem *l. hoc. iure* 86. D. *de ſolut.*
quamuis dici ſoleat fieri eum dominum litis à tempore conteſtationis *l. ab
executore* 4. §. *vltim.* D. *de appellation. lege procuratoribus* 22. *& l. ſe-
quen. Co l. de procurat.* Aliud enim eſt dominum eſſe litis quæ alieno
nomine exercetur, aliud dominum eſſe rei, de qua lis pendeat. Quid
ex contrario † ſi aut pupillo aut procuratori qui non ſpeciale in eam rem 3
mandatum habeat, iuſiurandum delatum ſit? Non ſunt cogendi iurare *l.
iuſiurandum & ad pecunias* 34.§. *pupillo cum.ſeq.*D. *De iureiur.* quia nec de a-
lieno facto iurare quiſquam compellitur *l. Marcellus* 11.§.*iurare.*D.*rer.amot.*
nec ſub alieni compendij emolumento anceps periurium ſubire, *l.videamus*
4.D. *de in lit. iur.* quamuis nihil vetet procuratorem, ſi velit iurare tanquam
dominum litis, in eius tamen commodum cuius nomine lis in conteſtatur
l.vulgo 7.D.*de eod.* imputétque ſibi qui ei detulit cum domino deferre debe-
ret. Quod ſi factum eſſet, vtique non magis procuratori liceret iurare
quàm iuſiurandum deferre, adeóque nec ſi ſpecialiter id ipſi mandatum
proponeres. Iurare enim per ſe non per alium debet quiſquis delatum iuſ-
iurandum ſuſcipit. Quod ſi valetudine aut qua alia cauſſa impediatur, ne
ad iudicem venire poſſit, permittendum ei eſt vt iuret, in qua degit pro-
uincia, dummodo præſente aduerſario, vel ipſius procuratore, *l. generaliter*
12.§.*his præſentibus. C. de reb. credit. & iureiuran.* quod & in iureiurando
de calumnia olim obtinebat, *l.* 2.§.*ſin autem abſuerit. C. de iureiur. propt. ca-
lumn.dand.* Quod rurſum † ſi deferatur tibi iuſiurandum eo loco in quo iu- 4
dicium accipere cogi non poſſis? Nec iurare cogeris, nec referre, *l. tutor.* 33.
§.*vlt.de iureiur.* Quod interpretes plerique protrahunt ad omnes eos qui
fori exceptionem habent, vt neque partis interrogationibus, nec poſitionibus
reſpondere compellantur. Quid † ſi cùm exceptionem non numeratæ pecu- 5
niæ obiicere non poſſes, vel ab initio, vel poſt elapſa tempora, iuſiurandum
deferas? Non potes *l. in contractibus* 14.§.*videlicet. C. de non numer. pecun.*
eóque iure vtimur, licet in Pariſienſi Senatu contrà iudicatum referat *Papo-
nius in Syntagmate illo Areſtorum.* Quid ſi ſpatium aliquod dandum ſit, vt
certioretur is cui iuſiurandum defertur, ſicque poſteà iuret? Non eſt intereà
vrgendus & præcipitandus *d.l. iuſiurandum* 34. *in princip. D. iureiur.* Ita-
que ſupradictis omnibus caſibus & aliis nonnullis quos noſtri poſt *Bartolū*
congerunt ad *d.l. manifeſta* apparet non ſemper turpitudinis eſſe aut confeſ-
ſionis nolle iurare, nec iuſiurandum referre. Addo taliam exceptionem ſi 6
is cui iuſiurandum defertur paratum ſe dicat ea omnia probare ſiue inſtru-
mentis ſiue teſtibus quæ ad litis victoriam poſſint ſufficere. Cur enim aut
iurare cogatur qui per modeſtiam, & religione magis quàm conſcientia
ductus iurare nolit? *l. illud aut illud* 25. §. 1. *D. de conſtit. pecun. l. quæ ſub
conditione* 8. *D. de condic. inſtit.* aut iuſiurandum referre qui ex liquidis pro-
bationibus quas iam in manu habeat, certam victoriam ſibi comparare poſ-
ſit. Siquidem vix eſt vt niſi deficientibus cæteris probationibus omnibus

iuſiurandum vnquam deferatur. Tametſi non negem poſſe & ab eo deferri cui aliæ ſuppetant probationes, niſi tutorem fortè proponas qui pupilli nomine deferat iuſiurandum *dict.l.tutor.35.de iureiur.* Idque eſt fortaiſſe quod in *l.3.C.eod.* ſcriptũ legimus, in bonæ fidei contractibus necnon in cæteris cauſſis inopiâ probationum per iudicem iureiurando cauſſa cognitâ rem decidi oportere. Et ſi enim non ignoro interpretes noſtros ad iuſiurandum neceſſarium, quod ſuppletiuum vocant, hoc ipſum accommodare: Attamen vt cætera taceã quæ in hanc ſententiã ſuprà diſputauimus, illud ſaltem fatendum eſt conuenire etiam iuramento iudiciali, &, vt loquuntur, litis deciſorio, quod, vt diximus, inopiâ quoque probationum deferri ſolet. Nec ad rem pertinet quod à parte non à iudice deferatur. Etenim non eo minùs deciſa cẽſetur per iudicem controuerſia, & quia delationem iuriſiurandi ab eo adprobatam eſſe neceſſe eſt, *d.l. generaliter. §. 1.* & quia poſt exactum iuſiurandum ſententiam iudicis interuenire oportet ad condemnandum eum contra quem iuratum eſt, *dict.l.generaliter.in princip.* iis verbis *non expectata vltima definitione.* Et ſanè cùm relatio ipſa iuriſiurandi delatio ſit, æquiſſimum eſt vt quemadmodum inuitus deferre non cogitur, qui ſuam intentionem aliter probare mauult, adeóque delatum iam iuſiurandum reuocare poteſt *l.ſi quis iuſiurandum 11.C.eo.* ita nec referre compellatur qui teſtibus aut inſtrumentis poteſt vincere, ſiue ante delatum iuſiurandum factæ ſint probationes, in quo omnes conueniunt teſte Paponio ſupradicto *tit. Areſt.5.* ſiue poſteà fieri poſſint. Facit *tit.4.feudor.lib.1.ſi de inueſt.cont.fuer.* in illis verbis *ſi autem non fuerit in poſſeſſione nec ſupra dictis modis poterit probare.* Atque ita Senatus noſter paſſim pronunciat improbans quod in contrariam partem iudicari ſolitum refert idem *Ioannes Paponius eodem loco.* pòſt *Bart.in l.fin.D.de in lit.iurand.* Sed &
7 in eo videntur mihi † errare plerique ex interpretibus quos pragmatici noſtri ſequuntur, quòd exiſtimãt, Tum etiam cùm ei qui iuſiurandum defert referri id non poteſt, cogendum tamen iurare eum cui defertur, ſi modò facti veritatem compertam habeat, adeóque quod magis eſt ſuper credulitate, vt loquuntur, ſi rem vti geſta eſt exactè neſciat. Sic enim *Aymo Crauet.* paſſim à noſtris receptus *conſ.103.* & omnino malè, ni fallor. Nunquam enim arctandus quis præciſè eſt vt iuret, ſed indulgendum ſemper ei cui iuſiurandum defertur vt referre poſſit. Alioqui nec audiri debet qui tale iuſiurandum defert quod aduerſario recuſante & referente non poſſit ipſe ſuſcipere. Propter quam cauſſam non ſic concepta lex eſt, vt dicat manifeſtæ turpitudinis eſſe nolle iurare, ſed cum adiectione *nec iuſiurandum referre,* vt intelligamus non poſſe recuſanti obiici conſcientiam ſi modò iuſiurandum ſibi delatum referre ſit paratus: quod porrò non aliter facere poteſt, quàm ſi deferens talis ſit qui iuſiurandum ſibi relatum poſſit ſuſcipere. Exceptio tamen ſubiicienda eſt, niſi ex perſona eius cui iuſiurandum defertur, fiat ne referri poſſit, vt puta ſi filiofamilias aut ſeruo delatũ ſit, aut in actione rerũ amotarũ. Tũc enim non eo minùs iurandũ eſt, quòd is cui iuſiurandum defertur referre id non poſſit.

ERROR NONVS.

De iureiurando iudiciali per eum delato qui à probanda intentione ſua iam excluſus ſit.

SVMMARIA.

1. *An iudiciale iuſiurandum deferre is poſſit qui à probanda intentione ſua iam excluſus eſt.*

2 *Inter*

2 *Interpretum ſententia affirmans.*
3 *Receptæ ſententiæ ratio.*
4 *In oppoſitum autoris diſputatio.*
5 *Improbabilis ſententia Senatus Pedemontani putantis ſi actor ſuis diffiſus probationibus deferat iuſiurandum reo volenti ſuam intentionem probare per teſtes, cogendum eſſe reum vt vel iuret, vel referat.*

FREQVENTER hæc quæſtio in iudiciis occurrit, an † qui 1
ad intentionem ſuam per omne probationis genus, vt fieri ſolet, comprobandam admiſſus eſt data in eam rem dilatione, poſt eius dilationis tempora iuſiurandum deferre poſſit ſiue probationes alias nullas proferat, nullis fortaſſe auditis teſtibus, ſiue teſtes aliqui auditi ſint, quorum teſtationes iam didiſcitæ ſint, 2
aut nondum apertæ. In qua quæſtione receptior † interpretum ſententia eſt, iuriſiurandi delationem ſemper & in quacunque litis parte admittendã eſſe, adeóque poſteà quàm concluſum iam fuit in cauſſa, & poſt apertas teſtationes ex quibus apparuerit nihil ab actore probatum fuiſſe. Sic enim ex *Bartolo, Baldo, Caſtrenſi, Boerio, Cagnolo*, & aliis quàm plurimis tractat *Anton. Teſſaur. deciſ. Pedemont. 93.* Cuius ſententiæ † præcipua illa ratio eſſe vi- 3
detur quòd nulla dici poſſit iniuria fieri ei qui iurare cogitur aut referre, cùm in cauſſa ſua iudex conſtituatur. Sed mihi neque ſententia, † neque ra- 4
tio hæc probari vnquam potuit. Nam cùm iuſiurandum hoc probationis ſpecies quædam ſit, & quidem efficaciſſima, quomodo fieri, obſcro, poteſt vt is cui probandi via omnino præcluſa eſt, ad iuriſiurandi delationẽ admittatur? facit *l. contractus §. illo. C. de non nu. pecun.* Aut quis neget intereſſe quàm maximè eius cui iuſiurandum defertur ne vel iurare cogatur vel referre? Præſertim cui iã parta ſit certa ſpes victoriæ ex eo quòd aduerſarius in ſuis probationibus neceſſariis defecerit. Iam enim ſæpius diximus permultos eſſe, qui non improbabili religionis veneratione prohibeantur ne iurare velint de iis quoque rebus quas alioqui certiſſimas habeant, & exploratas, quíque litis iacturam fortaſſe libentiùs facturi ſint quàm iuraturi. Quòd ſi dicas in eorum fore poteſtate vt iuſiurandum aduerſario referãt, ſi iurare ipſi nolint, tantò grauiorem ſanè iis iniuriam inferas, quos cogas bonæ certæque litis victoriam aduerſarij periurio committere, quem ſciant non niſi cum periurio iurare poſſe, nec eo minùs iuraturum qui ſub ſpe elationis iuſiurandum detulerit. Eſtq; in hanc rem, ni fallor, textus nec inelegans nec obſcurus, *in l. ſi quis iuſiurandum 11. C. de rebus cred. & iureiur. Satis enim abſurdũ eſt*, inquit lex, *redire ad hoc cui renuntiandum putauit, & cùm deſperauit aliam probationẽ, tũc denuò ad religionem conuolare.* Etſi enim tractat eo loco Iuſtinianus de eo qui primùm detulerit iuſiurandum, & nondum eo præſtito, vt pote nouis probationibus emergentibus id reuocauerit, vt iterum ad ſacramentum recurrere non poſſit, tamen non facilè video quid interſit inter eum qui iuriſiurandi delationi iam factæ renuntiauit, vt intentionem ſuam aliis rationibus comprobaret, & eum qui paſſus ſit labi tempora intra quæ iuſiurandum deferre potuit, nec detulit, teſtibúſque aut aliis inſtrumentis cauſſam ſuam munire maluit. Plus quàm enim deſperauit hic de ſuis probationibus qui probandi viam omnem ſibi præcludi conſenſit, aut ex teſtationibus apertis comperit nihil ſe per teſtes probare potuiſſe. Fateor ſanè non eſſe prohibendum eum qui per teſtes intentionem ſuam probare voluit, quominus mutato conſilio aliam probandi rationem eligat, in eámque rem iuſiurãdum deferat dummodò tempora largiantur, ſiue teſtes aliqui iam auditi ſint, ſiue

nulli, dum ne ſecreta teſtationum diduſcita proponantur. Eſſet enim certè perquàm durum ſola electione vnius generis probationis, à cæteris excludi eum qui ad omne genus probationis ſit admiſſus: Nec fauor probationum patitur vt ei qui per teſtes probare cœpit obijci debeat vulgare illud dictum, *Pateat tibi via quam elegiſti*. Sed poſt deſperatas, aut quod magis eſt, excluſas omnes probationes admitti delationem iuriſiurandi, id verò durius longè eſ-
5 ſet ac iniquius. Illud autem prorſus intolerabile † quod Teſſaurus ſupradicto loco probat & à Senatu Pedemontano deciſum teſtatur, Si actor ſuis diſſidens probationibus quas iam produxerit, deferat iuſiurandum reo volenti ſuam intentionem probare per teſtes, cogendum eſſe reum vt vel iuret, vel referat. Facit enim hæc ſententia duplicem iniuriam reo: Priorem in eo, quòd actorem poſt deſperatas alias probationes, elapſáque probandi tempora admittit ad iuriſiurandi delationem, quod nos fieri debere iam negauimus, alteram in eo, quòd reo adimit probationis per teſtes faciendæ facultatem vt illum adigat inuitum ad iuramentum ſuſcipiendum aut referendum: quod etiam à iuris ratione abhorrere diximus in ſuperioribus. Illud verò temperamentum quod Teſſauro placet, vt teſtationes à Senatu inſpiciantur, &, ſi appareat plenè probatam actoris intentionem, vno demùm illo caſu actor iuſiurandum deferens non audiatur, oſtendit euidentiùs ſententiæ huius iniquitatem. Cur enim magis faueamus actori qui minùs probauerit? Aut cur periurij probationem pertimeſcamus cùm aduerſus eum qui iurauit, nunquam de periurio quæratur, maximè ſi per teſtes non per inſtrumenta periurium probare velit is, qui victus fuit, *l. vlt. D. de in lit. iur. l. 2. C. de reb. credit. & iureiur.*

ERROR DECIMVS.

De iureiurando delato quod habetur pro præſtito aut pro relato.

SVMMARIA.

1 *An habendum ſit iuſiurandum pro præſtito quod delatum eſt à iudice in ſupplementum probationum, cùm ab ea delatione prouocauit aduerſarius, & interim mortuus eſt qui iurare debuit.*

2 *Sententia pragmaticorum affirmantium habendum pro præſtito, ſi quandoque iniuſta appellatio pronuntietur.*

3 *In oppoſitum autoris diſputatio.*

6 *An iuſiurandum pro relato præſtitóque haberi debeat ſi aduerſarius cui delatum fuerat nolit iurare.*

1 SI iuſiurandum † neceſſarium, & vt vocant, ſuppletiuum delatum ſit à iudice in ſupplementum probationum, & ab ea delatione aduerſarius prouocauerit, tum pendente appellatione nec dum præſtito iureiurando deceſſerit is qui iurare debuit, quæri inter Pragmaticos ſolet an iuſiurandū pro præſtito habendū ſit, néc ne: Cuius quæſtionis effectus magnus in eo eſt ꝙ ſi pro præſtito habeatur, certam victoriæ ſpē tranſmittit in heredē qui alioquin eſſet condemnandus ſi pro præſtito nō haberetur, quando nec heredi permittendū eſt vt iuret de facto defuncti, niſi
2 cuius fortaſſe particeps, & cōſcius eſſe proponatur. Noſtrorū verò † pragmaticorum ſententia eſt, iuſiurandū pro præſtito habendū eſſe, ſi quandocunque iniuſta appellatio pronūtietur, quoniam æquum nō ſit ei qui temerè & ſine

cauſſa

cauſſa appellauerit ſuam fruſtrationem prodeſſe,ſed potius in eius præiudicium pro facto haberi,quod ne factum ſit per eum ſtetit,arg.*l.tutor*.41.D. *de vſur*.iunct.*l.iure ciuili 86.de cond.& demonſt.*Me in contrarium illud mouet, 3
quòd fieri potuit vt in ipſo etiam procinctu iurandi religione aut conſcientia impediretur is qui iurare debuit ne iurare vellet:aut ſi omnimodò iuraturus fuit imputari ei poteſt cur poſt interpoſitam ab aduerſario appellationem non petierit vt ſaluo iure appellationis iurare ſibi liceret. Hoc enim veluti auxilium propoſitum eſt ei quem iudex ad iurandum admiſit ne admittendæ probationis periculum incurrat ſi fortè inter appellationis moras decedat,*l.generaliter* 12.§.1.*Cod.de rebus credit.& iureiurand.* vbi Iuſtinianus ob hanc ipſam cauſſam conſtituit,vt non obſtante appellatione prꝯſtari poſſit iuſiurandum,ne fortè,inquit probationes intercidant, ſi fortè interim is cui iuſiurandum delatum eſt,ab hac luce ſubtrahatur. Quid autem, obſecro, cauſſæ erat, cur ita Iuſtinianus conſtitueret, ſi iuris ratio pati poſſet vt iuſiurandum cuius præſtationi iniuſta appellatio morā inieciſſet pro præſtito haberetur?Etſi verò non in ea ſum oponione,vt illā Iuſtiniani conſtitutionem ad hoc iuriſiurandi genus pertinere exiſtimem, ſed ad illud duntaxat quod in dubiis cauſis ſolebant iudices ei deferre qui potiore iure niteretur, quemadmodum ſuprà tractauimus, poſteà quàm tamen placuit interpretibus de ſuppletiuo quoque iureiurando eam legem intelligi debere(nam & vtrunque neceſſarium appellatur)non poſſunt illi recuſare quominùs ex illo loco argumentum ſumatur,ad errorem hunc, quem nos refellimus, impugnandum.Nam & multò maior ratio eſſet cur iuſiurandum illud Iuſtinianeum pro præſtito haberi deberet defuncto poſt interpoſitam appellationem eo, qui iurare debuerat, quàm ſuppletiuum iſtud quod interpretes,& pragmatici noſtri comminiſcuntur.Eſt enim illud longè fauorabilius, quippe quod ei deferatur qui etiam citra iuſiurandum vincere deberet: Hoc verò ei duntaxat,qui ſi non iuret omnimodo condemnari debeat propter defectum probationum. Proinde non facit pro pragmaticis noſtris ratio illa qua mouentur quòd per appellantem ſteterit ne iuſiurandum præſtitum ſit, cùm non potuerit appellatio facere quominùs iuraretur ſi iurare victor voluiſſet.At finge eum qui iuſiurandum detulerat, cùm ei referri poſſet, priùs deceſſiſſe quàm aduerſarius aut iuraret aut referret, ſiue ante, ſiue poſt agnitam conditionem delati iuriſiurandi aut à iudice admiſſam. Eadem dubitatio eſſe poteſt,an iuſiurandum pro relato,præſtitóque haberi debeat,ſi for- 4
tè aduerſarius cui delatum fuerat, nolit iurare.Certum enim eſt nec heredi referre poſſe,ne alioqui cogatur heres iurare de facto defuncti. Planè ſi iurare velit etiam poſt mortem eius qui iuſiurandum detulit,dubitari non poteſt quin ſit audiendus.Pragmatici noſtri putant iuſiurandum hoc caſu pro relato prꝯſtitóque haberi oportere,nec ei cui delatum eſt proſit quod perperam & ſine cauſſa iurare vel referre diſtulerit.Nec inuitus probo ſententiam, ſi qua mora contracta ſit per eum qui vel iurare debuerit, vel referre.Sed ſi mora nulla præceſſerit, aut ſi ea quæ præceſſerat purgata ſit,ſiue per interlocutionem iudicis,ſiue qua alia ratione,iniquum ſanè fuerit ob hoc fieri duriorem conditionem eius cui delatum eſt iuſiurandum quòd aduerſarius ante præſtationem,relationémque deceſſerit,qui ſi viueret, ex relatione iurare fortaſſis recuſaret.

ANTONII FABRI I C.

DECAS VIGESIMA.

ERROR PRIMVS.

De anatociſmo & vſuris fructuum ac ſumptuum litis.

SVMMARIA.

1 *Anatociſmus quid.*

2 *Anatociſmus à Iuſtiniano prohibitus.*

3 *Vſura vſuræ interdicta eſt, ſicut & alia quævis acceſsio acceſsiones.*

4 *Caſus quo fructuum ſeu vſurarum vſuras deberi volunt pragmatici.*

5 *Diſputatio autoris contra pragmaticorum ſententiam: & num.8.*

6 *Pecunia credita vſuras nullas deberi ex mora, imò neque ex litis conteſtatione, contra pragmaticos.*

7 *Quibus caſibus debiti ſors incipiunt fieri quæ fuerant antea vſuræ; vſuræ vſurarum debentur.*

1 ANATOCISMVS † fit quoties vſura ſorti cōiungitur &
2 in ſortē redigitur vt nouas pariat vſuras. Id verò ne † vllomodo vllóque caſu fieri poſſit diſtrictè prohibitum eſt Iuſtiniani conſtitutione in *l.vlt.Cod.de vſur.* cùm iam ante Iuſtinianum vſuræ vſurarum eſſent prohibitæ l. *ſi non ſortem* 26. §. 1. D. *de condict. indeb. l. improbum* 20. *C. de his qui notant. infam.* Nec
3 tantùm vſuræ † vſura interdicta eſt, ſed & alia quælibet acceſſio acceſſionis, vt puta vſuræ fructuum quantumlibet mala fide & poſt litem conteſtatam perceptorum *l.heres furioſi* 51. §. 1. *D. de petit. hered. l. neque eorum fructuum* 25. D. *de vſur.* Quod quanquam ita eſt, alio tamen iure pragma-
4 tici noſtri paſſim vtuntur. Nam † ſi facta fructūu aut vſurarum cōdemnatione taxatio ſecuta ſit, iuſſúſque debitor taxatam quantitatem ſoluere non ſatisfaciat, Pragmaticis placet ab eo tempore totius eius quantitatis quaſi in ſortem redactæ vſuras deberi quincunces; non ſecus, inquiunt, acſi ea pecunia ſoluta, rurſúmque eidem debitori ſub vſuris numerata proponeretur,
5 quaſi breui manu id ipſum ita geſtum eſſe videatur. In quo † ſanè vim & fraudem apertè faciunt Iuſtinianeæ conſtitutioni, quandoquidem taxatio ſola hæc fructuum aut vſurarum facere non poteſt quominus verum ſit iure fructuum & vſurarum deberi eam quantitatē quæ deducta eſt in condemnationis taxationem. Nec quod in eius quātitatis ſolutione noua mora contracta ſit, ad rem facit. Non enim fieri vllomodo poteſt vt ex mora debeantur vſuræ quæ ex conuentione deberi non poſſint. Nam quæ lex facit vt ex mora vſuræ debeantur, etiam citra conuentionem, ea ipſa lex prohibet ne vſurarum, aut fructuum aliarúmve acceſſionum vſuræ vllæ deberi exigíq. poſſint. Neque verò fictio illa breuis manus, quam pragmatici hoc caſu inducunt, locum habere meo iudicio poſſet: ne alioqui eueniat vt eodem inſtanti & obligatio & mora in ſoluendo contracta eſſe intelligatur. Nulla enim conuentione intercedente de ſoluendis vſuris, alia ratio ſubeſſe nequit propter quam præſtari debeant quàm propter moram. Atqui ſi condemnatus debitor, & poſt factam taxationem interpellatus ſoluiſſet, eidémque ſub-

iiiiii 3

inde ſtatim eadem pecunia rurſus credita & numerata fuiſſet, non vtique cóſeſtim mora per debitorem contracta videri potuiſſet, ſed mediũ aliquod tempus intercedere oporteret, vt moræ locus fieri aliquis poſſet, *l. promiſſor Stichi* 21. §. D. *de conſtit. pecun.* Neque rurſum verum eſt quod illi pro vero & explorato ponunt, pecuniæ † creditæ vſuras vllas deberi ex mora, imò neque ex litis conteſtatione: Debentur enim ex ſtipulatione duntaxat ſi qua interuenerit *l.* 3. *C. de vſur. l. Titius* 24. *D. de præſcript. verb.* Propriúmque ius eſt actionum bonæ fidei vt ex iis vſuræ ob ſolam moram debeãtur *l.* 3. *l. mora* 32. §. *in bona fidei.* D. *de vſur.* Fateor deberi etiam ex iudicato poſt elapſa tempora intra quæ iudicato ſatisfieri oportuit *l. vlt. C. de vſur. rei iudic.* Sed dico ad vſuras ſortis duntaxat id pertinere, non etiam ad vſuras fructuum aut vſurarum aliarúmque acceſſionum. Sunt enim vſuræ illæ iudicati legales, vt ita dicam, hoc eſt, ſola legis poteſtate & conſtitutione debitæ, lex autem ſeipſam deſtrueret ſi ob moram in iudicati executione commiſſam vſurarum vſuras induceret, quas nullo prorſus caſu induci patitur: præterquàm † ſi mutata conditione perſonarum aut debiti 7 fieri ſors incipiant quæ anteà fuerant vſuræ & acceſſiones, vt euenit cùm vſuras exactas tutor vel curator ſibi ſuiſque vſibus retinuerunt, *l. tutor qui repertorium* 7. §. *ſi vſuras exactas.* D. *de ad adminiſt. & peri. tutor.* Aut cùm ex duobus tutoribus pupilli, altero defuncto adhuc impubere pupillo, qui ſupererat ex perſona pupilli iudice accepto, conſecutus eſt cum vſuris, quantum ex tutela peruenerat ad tutorem defunctum, *l. qui negotiationem* 58. §. *ex duobus eodem.* vbi ratio redditur *cùm id quod ab alio debitore nomine vſurarum cum ſorte datur ei qui accipit totum ſortis vice fungitur, vel fungi debet.* Idémque eſt vſuræ pupillaris pecuniæ quas tutores debuerũt ad curatorem transferantur. Conuertuntur enim in ſortem, & vniuerſæ ſummæ vſuras debere curator incipit, *d. l. qui negotiationem.* §. *vltim. quia*, inquit lex, *omnis ſors efficitur.* Similiter ſi quis ex cauſſa mandati vel negotiorum geſtorum pro alio non ſolùm ſortem debitam ſoluerit, ſed etiam eius ſortis vſuras, nemo dubitat quin mandati aut negotiorum geſtorum iudicio conſequi debeat vſuras non tantùm ſortis, ſed etiam vſurarum, quoniam mutata conditio perſonarum & debiti facit, vt quæ in perſona primi creditoris fuerunt vſuræ, cœperint locum ſortis obtinere in perſona eius qui pro alio ſoluit. Sed extra hos caſus & alios ſi qui ſunt ſimiles, contendo fieri numquam poſſe vt vſuræ aliæve acceſſiones in ſortem redigantur ad vſuras nouas inducendas. Quid ergo, † inquies, An permittendum erit condemnato, vt taxatam fructuum aut vſurarum quantitatem etiam poſt moram impunè retineat? Imò, inquam, imputet ſibi victor qui non vrgeat diligentiùs iudicati executionem, vt ſibi debitam pecuniam à condemnato extorqueat, vel ex iudiciali pignorum diſtractione ſibi conficiat. De vſuris ſumptuum litis minor dubitatio eſt. Neque enim ſunt acceſſiones acceſſionis, licèt ſumptus ſint acceſſiones litis. Itaque ab eo tempore quo mora in iudicati executione commiſſa eſt, vſuras quoque ſumptuum litis taxatorum præſtari æquum eſt.

ERROR SECVNDVS.

De alienatione fideicommiſſi ab aſcendente relicti, ex cauſſa dotis, aut ante nuptias donationis, aut legitimæ portionis.

SVMMARIA.

1 Ex ſententia interpretum bona fideicommiſſo ſubiecta poſſunt ex cauſſa dotis aut donationis propter nuptias alienari.

2 Quàm iniqua ſit relata ſententia: & num. 11.

3 In legitima portione liberi non poſſunt grauari.

4 Quæ ſit mens & ſanctio Iuſtiniani in Nou. 39. ac reſtit. & ea quæ par.

5 Olim potuit filia in dote grauari, itémque filius in donatione propter nuptias.

6 Quod ius ſublatum eſt à Iuſtiniano in Nou. 39.

7 d. Nou. 39. non fauere interpretum errori.

8 In d. Nou. Iuſtinianus quatenus velit dotem reſtitui mulieri quæ dotem dedit marito cui fideicommiſſum iniunctum erat.

9 Irnerij inſcitiam errori interpretū cauſſam dediſſe.

10 Ex ſtatuto Sabaudiæ etiam ex bonis feudalibus dotes deducuntur.

11 Limitationes ſententiæ num. 1. propoſitæ quæ ab interpretibus afferuntur.

1 IVSTINIANI † Nouella conſtitutio *De reſt. & ea quæ parit vnd. menſ.* ex qua *Irnerius* deſumpſit *Auth. res quæ. C. comm. de legat.* quæ dotis aut donationis propter nuptias potiorem, quàm fideicōmiſſi cauſſam eſſe voluit, ſic ab interpretibus ferè omnibus accepta eſt, vt bona fideicommiſſo ſubiecta poſſint ex ea cauſſa non ſolùm obligari, ſed etiam quod eſt cōſequens, alienari, adeóque totū fideicōmiſſum in dotē dari ſi aliter fieri non poſſit vt perſona grauata matrimoniū ineat æqualibus cōditionibus. Itaq. non diſtingunt noſtri, An de dote vel donatione propter nuptias cōſtituēda agatur, aut de reſtituēda, nec rurſum an ea perſona cui fideicōmiſſum iniunctū eſt idipſum pro ſe velit diminuere, an pro aliquo ex ſuis liberis, dūmodò ſint illi ex deſcendentibus teſtatoris qui fideicommiſit, id eſt ex iis perſonis quibus teſtator ipſe ſi viueret dotē vel donationē propter nuptias ex officio conſtituere teneretur.
2 Quæ ſentētia † licèt æquitatis & humanitatis colorē habere videatur, euidenter tamen iniqua eſt. Quid enim abſurdius quàm in fraudem fideicōmiſſi & ex alienis bonis ſibi quem aut alteri dotē conſtituere vel donationē propter nuptias, ſiue ab aſcendente, ſiue ab extraneo aut quod hac parte idē eſt à collaterali iniunctū proponatur? Præſertim cùm alio interpretum noſtrorū errore illud quoq. iam obtinuerit, vt fideicommiſſum liberis indictum, per duplicis portionis legitimariæ ſcilicet, & Trebellianicæ ac integrorum vtriuſque portionis fructuum detractionem minuatur. Ex *cap. Raynutius. & capit. Raynaldus Extr. de teſtam.* ſcilicet in liberis primi gradus ex *l. iubemus 6. C. ad St. Trebell.* Sed & cùm de ſequentium graduum liberis tractatur, con-
3 ſtat legitimam portionem non ſolùm iis deberi, ſed etiam ita deberi † vt in ea grauari nullomodo poſſint, *l. quoniā in prioribus. C. de inoff. teſtam* quod vtique iure vetere diuerſum erat. *l. coheredi 41. §. cùm filia. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* Proinde quod olim Vlpianus reſponderat in filia quæ à patre totam hereditatem reſtituere rogata dotem ex fideicommiſſo dederat, nō videri in euerſionem fideicōmiſſi factum eſſe quod & mulieris pudicitiæ & patris voto congruebat *l. mulier 22. §. cùm proponeretur D. ad SC. Trebell.* hodie locum habere non poteſt, cùm legitima filiæ debeatur, & quidem immunis ab onere fidei-

Digitized by Google

re fideicommiſsi, ex qua vtique dotem habere poteſt. Nec quòd ea legitima parui pretij ſit ſi fortè tenuium facultatum pater fuit, fideicommiſſario nocere debet, ſed filiæ potiùs quæ patrem habuit & inopem,& minùs beneuolum. Neque verò aliam Iuſtiniani † mentem fuiſſe credendum eſt: cuius verba non obſcura id tantùm conſtitui præ ſe ferunt, vt ſi is qui coniugi donauit propter nuptias poſt factam à ſe donationem grauatus ſit fideicommiſſo à patre, non noceat ea res mulieri, quominùs etiam de bonis fideicommiſſo ſubiectis ſolui donatio debeat, itemque dos reſtitui,quam aut maritus ille aut pater eius acceperat. Et viciſsim vt ſi mulier ipſa quæ viro dotem dedit, rogata ſit à patre hereditatem reſtituere, non ſolùm non cenſeatur rogata reddere dotem, quæ veluti proprium ipſius patrimonium eſt *l.3.§. ſed vtrum. in fin. D.de minor.* ſed etiamſi expreſsim rogata ſit, fideicommiſſum quod ad hoc attinet, non valeat, ſed perinde acſi rogata non eſſet poſsit maritus eam dotis partem lucrari, quam in pactum deduxerat, dummodò in pactis nuptialibus honeſtus modus ſeruatus ſit pro perſonarum facultatibus & qualitate. Itaque non de dote poſt iniunctum fideicommiſſum conſtituenda Iuſtinianus tractat, ſed de ea re quæ ante fideicommiſſum inductum conſtituta ſit, quam nec aliter de fideicommiſſo detrahi poſſe vult, quàm ſi honeſta ſint pacta & congrua. Ex quo apparet non tam ad id reſpexiſſe Iuſtinianum, quo noſtri potiſsimùm mouentur, ne propter fideicommiſſum filia maneat indotata (non enim poteſt eſſe indotata quæ vel inuito patre legitimam habere debet, æſtimandam ex paternis facultatibus, ſiue pauperiorem, ſiue ditiorem auum habuerit) quàm ad id potiùs, ne ex tali fideicommiſſo decipiatur maritus, qui vel antè fideicommiſſum contraxerat, vel poſt iniunctum quidem fideicommiſſum, ſed eo tempore quo fideicommiſſum probabiliter ignorabat, ſicut & quod in præiudicium fideicommiſsi à marito relicti Iuſtinianus conſtituit, non ad mariti fauorem reſpicit, ſed ad commodum mulieris, ne aut propria dote aut ſibi facta per maritum propter nuptias donatione priuetur. Dicat aliquis, inutilem fore Iuſtiniani conſtitutionem ſi ſic intelligatur, vt potior ſit cauſſa dotis aut donationis propter nuptias ante fideicommiſſum conſtitutæ quàm ſit ipſius fideicommiſsi. Quis enim dubitet iura anteriora per ſubſequens fideicommiſſum extingui non poſſe? Sed reſpondendum eſt iam olim ita ius fuiſſe vt dos vel donatio propter nuptias à patre profecta defuncto filio aut filia ſine liberis ad patrem reuerteretur, *lege dos à patre 4. C. ſolut. matrimon.* (licèt miſ. rationis potiùs quàm æquitatis ratione *l. iure ſuccurſum 6. D. de iur. dot.*) ſiue in poteſtate filius aut filia retenti fuiſſent, ſiue emancipati. Tum etiam cùm reddendæ dotis ſtipulatio nulla interueniſſet, multò magis ſi qua interuenerat, vt interuenire moris erat. Quo etiamnum iure vtimur. Ideóque in patris† poteſtate fuiſſe, filiam in dote grauare, itémque filium in donatione propter nuptias, non quidem in præiudicium generi, aut nurus, conſtante matrimonio, ſed in eum caſum quo matrimonium alterutrius morte ſolueretur, ſalua filio aut filiæ querela inofficioſi teſtamenti, ſi aliunde non haberet omnimodo quantũ ſatis eſſet ad legitimam & legitimæ fructus. Hoc verò cùm eueniebat, ſi qua fortè pacta nuptialia inſcio parente ſiue contracto iam matrimonio, ſiue ſponſaliorum tempore filius aut filia præſertim emancipati contraxiſſent, ea fieri irrita neceſſe erat ante Iuſtiniani conſtitutionem, atque ita decipi eum ex coniugibus non qui grauatus eſſet, ſed qui ex bonis grauati tantam por-

Digitized by Google

tionem ſperabat, quantam ipſe de bonis propriis in contrarium euentũ præ-
6 ſtare grauato debuiſſet. Id verò Iuſtinianus † æquiſsimè correxit, conſtituens
vt pater ſicut grauare liberos in legitima non poteſt, ita nec poſsit in ea por-
tione quæ præter legitimam neceſſaria eſt ad quantitatem dotis aut donatio-
nis propter nuptias, vt ea quantitas iuris interpretatione ſubducatur è fidei-
commiſſo ſi contraria non appareat voluntas patris, aut ſi tam aperta ſit ea
voluntas, vt nullus interpretationi locus relinquatur, nulla eius voluntatis
habeatur ratio, ſed perinde acſi nullum fideicommiſſum eſſet, ſeruentur pa-
cta nuptialia, ſi modò æqua ſint & conuenientia honeſtati ac dignitati per-
7 ſonarum. Et verò non cogitaſſe † Iuſtinianum de ſubducendis ex fideicom-
miſſo dotibus poſt iniunctum fideicommiſſum conſtitutis, vel ex eo maximè
apparet, quod ſuam legem locum habere prohibet iis caſibus quibus dotes
aut nuptiales donationes augerentur, quæ iam anteà factæ eſſent, quòd aug-
mentum illud in fraudem & euerſionem fideicommiſſi prætextu nouæ con-
8 ſtitutionis captatum videretur. Quod autem ad dotes † reſtituendas pertinet
de iis agit in prima conſtitutionis parte, ſed ita vt alteram quandam conſti-
tutionem de ea re factam referat, quæ in libris noſtris non extat. Cuius ta-
men illam innuit fuiſſe ſententiam, vt mulieri quæ ignorans fideicommiſſum
marito iniunctum dotem dedit, non noceat quòd poſterior ſit onere fidei-
commiſſi, ſed perinde dotem illa ſuam recuperet, nec aliter fideicommiſſa-
rius ei præferatur quàm ſi probet ſcientem eam grauato viro dotem dediſſe.
Quod ſi ita eſt, conſequens ſit vt nec pro dote repetenda præferatur mu-
lier in præiudicium fideicommiſſi quod ipſa ſciuerit. Tantum abeſt vt quæ
ſcit fideicommiſſum à ſe relictum, poſsit ex eo quicquam detrahere ſupra
legitimam & trebellianicam ad dotem ſibi ipſi conſtituendam, at ſi dotem
ſibi ipſi ex fideicommiſſo conſtituere non poteſt, multò minùs alii quis
conſtituere poterit, etiamſi perſona talis ſit, quam ex officio dotare com-
pellatur. Eſt enim longè fauorabilior dotis reſtitutio quàm conſtitutio, &
inter dotes conſtituendas ea quam ſibi quis conſtituit, quàm quæ alij datur.
Sed quamquam hæc ita ſunt, frequentiſsimis tamen interpretum & prag-
maticorum ſententiis error ille inualuit, vt ex fideicommiſſo quod ab ali-
quo ex aſcendentibus iniunctum ſit, & dotes & nuptiales donationes, &
9 liberorum legitimæ portiones detrahi poſſe exiſtimentur. Cui errori † cauſ-
ſam proculdubio dedit inſcitia Irnerij in concipiendo contextu *Authentic.
res quæ. C. commun. de legat.* Plus enim eius autoritati tribuendum puta-
runt interpretes quàm Iuſtinianeæ conſtitutioni, cuius ille mentem non
bene perceperat. Quamquam nec Irnerij verba prorſus repugnant quominus
eandem admittant interpretationem, quam nos ad Iuſtinianum adhibuimus.
10 Extat ſanè apud nos ſtatutum † de dotibus etiam ex feudis, licèt fideicommiſ-
ſo ſubiecta ſint deducendis. Sed ex ſtatuti verbis apparet non tã id egiſſe Prin-
cipem vt quod ad fideicommiſſa pertineret ius nouum conſtitueret, quàm vt
id quod ex iure communi in bonis omnibus fideicommiſſo ſubiectis obtine-
re credebatur, ad feudalia quoque bona protraheret, non ſecus ac quod de du-
plicis quartæ detractione conſtitutum eſt in *d. cap. Raynutius. & cap. Ray-
naldus Extr. de teſtam.* magis ex interpretum vulgari errore profectum videri
debet, quàm quòd ea Pontificum voluntas fuerit vt nouum ius conſtituerent,
11 à ciuilis iuris ratione alienum. Et ſanè ita poſito † iure, vt ex fideicommiſſo de-
duci poſsint dotes & legitimę portiones deſcendentium omniũ, facilè contin-
get,

get,vt multiplicatis deſcendentium perſonis totũ fideicõmiſſum tandẽ abſorbeatur:quod tamen quàm abſurdũ futurum ſit,vel ex eo maximè intelligi poteſt,quòd ne id vnquam eueniat deſtrictè obſeruari ſolet,vt ſemel detracta legitima aut Trebellianica,numquàm poſteà detrahatur. Sanè nec † pragmatici 12 negant tandiu fideicommiſſum illibatum integrúmque manere debere quandiu ex aliis bonis ſatisfieri poteſt doti aut ante nuptias donationi. Illud etiam crebrioribus eorum ſuffragiis receptũ eſt,vt ſi fideicõmiſſum ab extraneo,aut quod hac parte idem eſt,à tranſuerſalis gradus agnato cognatóue relictũ proponatur, nullus huic ſententiæ de dote aut donatione nuptiali ex fideicommiſſo deducenda locus ſit, quod tamen an generaliter & indiſtinctè admitti debeat,paulò diligentiùs examinandum eſt.

ERROR TERTIVS.

De fideicommiſſo tranſuerſali relicto ſub conditione ſi ſine liberis.

SVMMARIA.

1. Hodie frequentiſſima ſunt ea fideicommiſſa quæ relinquuntur ſub ea conditione, ſi is qui rogatus eſt ſine liberis decedat.

2. Ex ſententia interpp. & pragmaticorum bona huiuſmodi fideicommiſſo ſubiecta pro dote aut ante nuptias donatione, alienari aut obligari nequeunt ſi ab extraneo aut cognato tranſuerſali relicta ſint.

3 Quàm dura ſit hac ſententia, & à iure aliena.

4. Ex quibus fideicommiſſis non liceat dotem aut donationem propter nuptias deducere.

5. Pro quibus perſonis non licet quicquam ſub prætextu dotis aut donationis ex fideicommiſſo deducere

6. Fideicõmiſſi diminutio quatenus permiſſa.

ETSI fideicommiſſa tam vniuerſalia quàm ſingularia & purè & in diem relinqui poſſunt, itémque ſub cõditione qualibet præterquã ſi qua legibus improbata, hodie tamen frequentiſſimus† eorum fi- 1 deicommiſſorum vſus eſt, quæ relinquuntur ſub ea conditione, ſi is qui rogatus eſt ſine liberis deceſſerit. In qua fideicommiſſi† ſpecie dura mi- 2 hi ſemper viſa eſt ſententia interpretũ & pragmaticorũ noſtrorũ, exiſtimantium bona fideicõmiſſo ſubiecta pro dote aut ante nuptias donatione, neque alienari,neque obligari vllomodo poſſe ſi ab extraneo,aut quod hac parte idẽ eſt,ab agnato vel cognato tranſuerſali fideicommiſſum tale relictum proponatur,neque enim dubitari† poteſt quin teſtatoris qui fideicõmiſſum reliquit 3 ſub huiuſmodi conditione, voluntas illa fuerit vt heres grauatus vxorem ſibi quæreret, ex qua ſuſcipere poſſet liberos naturales,& legitimos,quales alio qui ſuſcipere nullos poſſet. Atquin fieri nequit vt vxorem inuenire poſſit qui nihil ei donare aut poſſit aut velit, nec rurſum vt facilè quis obuiam vxorem ducere velit ſine dote ex qua oneribus matrimonij ſubuenire queat.Igitur in neceſſarium antecedens illud quoque ex teſtatoris voluntate eſſe factũm eſt, vt pro ea dote vel donatione propter nuptias obligari adeóq; alienari poſſint bona fideicõmiſſo obnoxia,ſi aliter is qui rogatus eſt vxorem habere nõ poſſit.Alioqui facias ridiculum teſtatorem,qui fideicommiſſo eam conditionem adſcripſerit quam noluerit fideicommiſſarij damno & periculo euenire. Mihique ſemper viſum eſt in hanc ſententiam accommodatiſſimum reſponſum illud elegans Vlpiani quod extat in *§.cùm proponeretur, l. mulier 22.D.ad S.C.*

Trebell. vbi cùm filia à patre inſtituta rogatáque hereditatem reſtituere, do-
tem ex bonis fideicommiſſariis dediſſet, placet Vlpiano non videri in euer-
ſionem fideicommiſſi factum quod & mulieris pudicitiæ & patris voto con-
gruebat. Quamquam enim locus ille eſt de fideicommiſſo relicto à patre non
à tranſuerſali agnato aut cognato (quod interpretes fefellit) ratio tamen qua
Vlpianus mouetur generalis eſt, & iis omnibus caſibus aptanda in quibus fi-
deicommiſſi alienatio fit ob nuptias quæ ex teſtatoris voto contrahantur, ſi-
ue fiat alienatio illa pro dote, ſiue pro donatione propter nuptias. Cuiuſmo-
di votum teſtatoris proculdubio ſemper ſubeſt, quoties heredem rogat de
reſtituendâ hereditate ſub ea conditione *ſi ſine liberis*. Siue ex aſcendentibus,
ſiue ex tranſuerſalibus teſtator eſſe dicatur. Nec eſt contrarium quod proxi-
mo capite diſputauimus, tum etiam cùm fideicommiſſum ab vno ex aſcen-
dentibus iniunctum eſt, non eſſe permittendum, vt ex fideicommiſſo dotes
4 & legitimæ portiones deſcendentibus debitæ detrahantur. Id † enim (quod ad
eas perſonas attinet quæ ſuo commodo dotem aut donationem propter nu-
ptias ex fideicommiſſo deducunt) ad ea demum fideicommiſſa pertinere vo-
lumus, quæ vel purè vel in diem, aut ſub alia quàm liberorum conditione re-
linquuntur. Etſi non ignoro tacitè conditionem illam liberorum ſubintelli-
gi in fideicommiſſis omnibus, ex coniectura pietatis quæ Papinianum mouit
5 in *l. cùm auus* 102. *De condic. & demonſtr.* Quod ad eas verò perſonas, † quæ
nec rogatæ ſunt, nec ſubſtitutæ, nec proinde fideicommiſſario obſtant, ge-
neraliter defendo nihil pro iis ex fideicõmiſſo deduci poſſe ſub prætextu dotis
aut ante nuptias donationis, vtputa ſi quis rogatus eſt ſub ea conditione *ſi ſi-
ne liberis maſculis deceſſerit* dotare filias ſuas velit ex bonis fideicommiſſariis,
alia fortaſſis nulla habens, ex quibus paternum officium implere poſſit. Non
enim quæ voluntatis ratio & coniectura facit, vt liceat ei ex fideicommiſſo
tantum detrahere quantum neceſſe habeat ad quærendos liberos, ſuadet etiam
vt pro dotandis aut legitimandis filiabus idem admittatur, de quibus ſcilicet
teſtator non cogitauit, niſi ad eas excludendas hoc ipſo quod ſolos maſculos
poſuit in conditione, per quos fideicommiſſarius excludi poſſet. Itaque non
facio meliorem conditionem tranſuerſalium quàm deſcendentium, quòd ſa-
nè abſurdum eſſet, ſed eius demum cuius nuptias teſtator prævidit & in votis
habuit quàm cæterorum, de quorum liberis nullomodo cogitauerit. Nam nec
6 de illorum nuptiis cogitaſſe videri poteſt. Sanè quod Iuſtiniani † conſtitutio
Nouella de reſt. & ea quæ parit vndec. menſ. præcipit vt ea fideicommiſſi di-
minutio quæ fit pro dote aut donatione ante nuptias certo modo coanguſte-
tur pro perſonarum dignitate & qualitate. Videtur mihi in omnibus iſtis cauſ-
ſis diſtrictè obſeruandum ne qua fideicommiſſo fraus fiat, ſicut & quod Vl-
piano placet in *d. §. cùm proponeretur*, nihil ex fideicommiſſo deducendum eſ-
ſe ſi ex fructibus pendente fideicommiſſi conditione perceptis non incõmo-
dè potuerit confici ea ſumma, quam ex fideicommiſſo detrahere licuit ad do-
tem vel donationem propter nuptias conſtituendam. Nam etſi aliunde quàm
ex bonis fideicommiſſo ſubiectis ea quantitas confici poſſet,
nihil certè de fideicommiſſo diminuendo
tractari oporteret.

ERROR

Digitized by Google

ERROR QVARTVS.

De cõſeruandis legatis & fideicommiſſis ex teſtamento quod nullum & iniuſtum eſt ratione præteritionis paterterna.

SVMMARIA.

1 *Ex cauſſa præteritionis vel exheredationis irrito facto teſtamento ſolas inſtitutiones vitiari, cætera autem omnia firma permanere à Iuſtiniano conſtitutum eſt.*

2 *An ea conſtitutio locum habeat in præteritione qualibet, variæ interpretum ſententiæ.*

3 *De præteritione paterna non poſſe d. conſtitutionem intelligi contra interpp. & pragmatic.*

4 *Diſtinctio exheredationis à Bartolo propoſita exploditur.*

5 *L. filio præterito. 17. D. de iniuſt. rupt. in præteritione materna locum non habere, contra pragmaticos.*

EX cauſſa ✝ prȩteritionis vel exheredationis irrito facto teſta- 1
mento ſolas inſtitutiones vitiari, cætera autem omnia firma permanere placuit Iuſtiniano in *Nouell.* 115. *Vt cùm de appellat. cognoſcit.§ aliud quoque capitulum, & ſeqq.* ex quo loco deprompſit *Irnerius Authent. ex cauſſa C. de liber. præter.* Quæſtio autem magna eſt inter iuris noſtri interpretes, an ea ✝ conſtitutio locum habeat in præte- 2
ritione qualibet, id eſt etiam paterna. Non enim defuerunt iam olim qui dicerent prȩterito per patrem filio qui fuit in poteſtatȩ non magis legata quàm inſtitutiones conſeruari poſſe, vt *Bartolus* refert. Sed tamen contraria ſententia, quȩ ipſius quoque *Bartoli* fuit non modò ab interpretibus ferè cæteris omnibus, ſed etiam à pragmaticis magis probata eſt, vt hac parte nihil interſit de paterna, an de materna præteritione tractetur: omníque caſu corruant inſtitutiones, legata autem & fideicommiſſa cæteráque huiuſmodi defendantur: Teſte *Guidone Papio* præcipui apud nos nominis pragmatico, *quaſt.* 426. Quæ ſententia ✝ mihi ſemper adeò abſurda & improbabilis eſ- 3
ſe viſa eſt, vt vix putem dici poſſe quicquam abſurdius. Nam præter id quod iuris ratio euidentiſſimè repugnat, quæ non patitur vt ex teſtamento quod ab initio nullum & iniuſtum fuit, nec vnquam valuit, aliquid debeatur, vt pluribus à nobis diſputatum eſt ad *l. filio præterito 17. D. de iniuſt. & irrit. fact. teſtament. lib. 9. Coniect. cap. 14.* Illud etiam manifeſtiſſimum eſt totam eam Iuſtiniani conſtitutionem illò pertinere, vt ea demùm teſtamȩnta hodie fiant irrita ex cauſſa præterionis vel exheredationis, quæ vetere iure inſpecto eſſent valitura, nec niſi per querelam inofficioſi teſtamenti reſcindi poſſent. In quorum numero ea proculdubio non ſunt in quibus præteritus fuit filius in poteſtate. Nunquam enim nullóque iure teſtamenta eiuſmodi valuerunt. Et quamuis negari non poſſit Iuſtinianum in nouo illo iure inducendo nō ſolùm ad fauorē liberorū reſpexiſſe, ne tam facilè & ſine cauſſæ inſertione iuſta probatáque exheredari poſſent liberi, ſiue à patre, ſiue à matre aut ab alio ex aſcendentibus, vt nec cōtra aſcendentes à deſcendentibus, ſed etiam ad fauorē teſtamentorū, vt non per querelam inofficioſi teſtamēti, ſed nouo quodā iure reſcinderentur, ita vt legata nihilominùs & fideicōmiſſa conſeruarentur. Attamen illud etiàm fatendū eſt non aliis teſtamentis

fauere Iuſtinianum voluiſſe, quàm iis de quibus reſcindendis tractauit, & conſequenter non illis quæ ab initio nulla fuerunt, de quorũ ſcilicet reſciſſione nec tractari poteſt, cùm fieri nequeat, vt quod nullum ſemper fuit ex poſtfacto rumpatur, aut irritum fiat, aut reſcindatur. *l. nam etſi* 5. *D. de iniuſt. rupt.* Fateor Iuſtinianum ea conſtitutione frequentem facere mentionẽ præteritionis ſicut & exheredationis, quæ res *Bartolũ*, cęteróſque vulgares interpretes feſellit: ſed quid apertiùs quàm de ea præteritione intelligi id debere quæ ſit loco exheredationis? Eandem enim vbique rationẽ Iuſtinianus cõſtituit præteritionis & exheredationis: quod vtiq; paternæ præteritioni cõuenire nõ poteſt, quæ ſemper pro præteritione habetur, nũquã pro exheredatione. Sicut nec illud paternæ præteritioni cõgruit, quod tamẽ potiſſimũ ea Iuſtiniani lege inducitur vti ne poſſit fieri pręteritio niſi incerta cauſſa. Quantũcunque. n. pater cauſſam inſerat præteritioni dato fortaſſis legato duntaxat ei quẽ neque inſtituit, neque exheredauit, nunquã faciat vt eo meliùs aut ſecuriùs teſtamentum condidiſſe videatur. At conueniunt illa omnia optimè præteritioni maternæ, nõ minùs quàm exheredationi, quoniam & in omnibus habetur pro exheredatione, & conſequenter eaſdem ipſas cõditiones & adiectiones omnes recipit, quas exheredatio recipere poſſet. Neq; verò videtur *Irnerius* hoc ignoraſſe qui Authẽticam ſic cõcepit *ex cauſſa exheredationis vel præteritionis irrito facto teſtamẽto.* Neque enim irritum fit ex cauſſa præteritionis paternæ cùm ab initio vt iam dictum eſt, nullum ſit & iniuſtum. Priùs. n. eſt vt teſtamentum aliquando valuerit, quàm vt in irritum deduci poſſit. Vnde illud eſt quod *tit. De liber. & poſth.* ſeparatus eſt à *tit. de iniuſt. rup.*
4 *& irrit. fact. teſtam.* primóque ordine collocatus. Suauis verò eſt Bartolus,† qui vt patris præteritionem habere poſſit pro exheredatione diſtinguit tres exheredationis gradus & ſpecies, vnam quæ propriè, alterã quæ large, tertiam quæ largiſſimè exheredatio appelletur, largam exheredationem vocans eam quæ ſit tacita & ex tacito teſtantis iudicio inducatur, cuiuſmodi, inquit, illa eſt quæ ineſt præteritioni non minùs paternæ quàm maternæ, quam pro exheredatione haberi debere probat exẽplo militis, cuius priuilegium, inquit, non in eo eſt vt filium, quem in poteſtate habet prætereundo cenſeatur eum exheredare, ſed vt ea exheredatio tacita valeat & ſufficiat, quæ in pagano nec ſufficeret nec valeret. In quo ſanè fallitur. Neque enim ſic Iureconſulti loquuntur, vt præteritionem à milite aut à matre factam exheredationẽ vocẽt (nunquam enim confundunt iura & nomina præteritionis & exheredationis) ſed hoc tantùm dicunt habendam eam eſſe pro exheredatione. Idque ſanè ex priuilegio quod ad militem pertinet, quod verò ad matrem, iure cõſtituto, quia nec neceſſe eſt ad validandum teſtamentum vt filium illa inſtituat vel exheredet, cùm non habeat liberos in poteſtate, *l. 4. §. ad teſtamenta. D. de bonor. poſſ. contra tabul.* Ergo in patre non milite qui neque vllum priuilegium habet, neque prætereundi filij poteſtatem, contra dicendum erit vt ſi eum pręterierit, eiuſmodi pręteritio, ſicuti exheredatio nullomodo eſt, ita neque pro exheredatione habeatur, & conſequenter ad hanc præteritionem non pertinebit Iuſtiniani conſtitutio, quæ tota eſt de liberis aut parentibus ſine cauſſa exheredatis ad coanguſtandam nimiam illam exheredandi licentiam quam ius vetus indulgebat: non etiam ad indulgendum patri vt liberos, quos in poteſtate habet, præterire poſſit dummodò incerta præteritionis cauſſa, quos anteà omnimodo inſtituere vel exheredare cogebatur. Æquè

què verò inepta eſt alia pragmaticorum dubitatio, an *lex filio præterito* 17. *D.* 5 *de iniuſt. rupt.* quæ de paterna præteritione loquitur, habeat locum etiam in materna. Illud autem multò ineptius quod concludunt habere. Sic enim *Guido Papius dicta quæſt.* 426. Quaſi verò Papinianus eo loco ſentiat, ex teſtamento quod per præteritionem filij in poteſtate conſtituti nullum ſit & iniuſtum, legata nihilominùs & fideicommiſſa & libertates conſeruari ſi filius præteritus non conqueratur. Quod ſi ita eſſet, fateter vtique multò magis idem in filio à matre præterito admittendum fore, quia præteritio materna cùm pro exheredatione habeatur, vt diximus, non facit teſtamentum nullum & iniuſtum, aut qua alia ratione vlla vitioſum. Proinde multò maior ratio eſt, vt ex teſtament o materno quàm vt ex paterno in quo filius præteritus ſit præſtentur omnia quæcunque eo teſtamento relicta fuerunt. Sed cùm ex contrario Papiniani ſententia illa ſit in *d. l. filio præterito*, vt quamuis teſtamentum patris per ſui heredis præteritionem nullum & iniuſtum ſit, legata tamen & libertates debeantur ab inteſtato ex ſumma æquitate cùm filius præteritus partem fratribus inſtitutis non auocauit, quia hoc caſu perinde fruuntur heredes inſtituti pleniſſima voluntate patris acſi teſtamentum valeret, quemadmodum interpretati ſumus in ſuperioribus. Apparet nihil eſſe quod in teſtamento matris quæ filium præteriit ſimiliter tractari poſſit. Valet enim legata fideicommiſſa, libertates & cętera omnia quæcunque eo teſtamēto relicta ſunt, debentúrque, ſiue filius præteritus partem fratribus inſtitutis auocauerit ſiue non. Et quidem ex teſtamento non ab inteſtato, quia & teſtamentum ipſum valet. Nec proinde dubitandi cauſſa vlla eſt cur non ex teſtamento ſolenni debeantur omnia, quæ ab herede præſtari teſtatrix voluit.

ERROR QVINTVS.

De teſtamento per clauſulam codicillarem defendendo. Et de clauſula Omni meliori modo.

SVMMARIA.

1. *Erronea ſententia interpretum & pragmaticorum aient um teſtamentum alias nullum & iniuſtum, ſeu ruptum & irritum defendi per clauſulam codicillarem.*
2. *In quo eluceat vis & poteſtas clauſulæ codicillaris.*
3. *Effectus clauſulæ codicillaris.*
4. *Auxilium clauſulæ codicillaris vt differ t ab auxilio Iuſtinianeæ conſtitutionis in Nou.* 115.
5. *Teſtamentum à teſtatoris voluntate diſtinguendum eſſe, contra pragmati.os.*
6. *Errare in nomine quando periculoſum.*
7. *Error pragmaticorum de effectu* clauſulæ, omni meliori modo.

Non poſſum mihi temperare quin rideam nudis dentibus, quoties pragmaticos† & interpretes noſtros ſic loqui audio, vt dicant teſtamentum quod alioqui nullum & iniuſtum, aut ruptum irritúmve proponatur, defendi per clauſulam codicillarem, quaſi in eo eluceat vis & poteſtas clauſulæ codicillaris vt teſtamentum iam collapſum reſtituat, ac non potiùs † vt eam teſtantis vo- 1
luntatem, quæ teſtamento minùs ſollenni aut rupto irritóue declarata eſt, in-

teſtati iure tueatur. Aut quaſi nihil interſit an voluntas teſtatoris ex teſta-
mento ipſo exitum,effectúmque ſortiatur,an ab inteſtato. Inter quæ tamen
quantum interſit non eſt vel ex ipſis pragmaticis qui ignoret. Sicut enim id
quod ex teſtamento debetur ab inteſtato peti nequit , ita nec dubitari poteſt
quin malè agat ob ídque ſuccumbere debeat , quiſquis ea quæ teſtamento
nullo aut rupto vel irrito facto relicta ſunt,petit ex teſtamento, cùm non niſi
3 ab inteſtato debeantur. Effectus † igitur clauſulæ codicillaris hic tantùm eſt
vt inſtitutionem directam quæ iure inſtitutionis valere non poteſt (inſtitutio
enim ipſa eſt quę teſtamentum conſtituit,& ex qua teſtamenti ius viciſſimque
ipſam ex teſtamenti iure pendere neceſſe ſit) flectat ad cauſſam fideicommiſ-
ſi,ad obligandum inteſtati ſucceſſorem vt heredibus inſtitutis hereditatem ab
inteſtato reſtituat: poſteaquàm placuit ab inteſtato quoque non minùs quàm
ex teſtamento fideicommiſſa relinqui poſſe *l.3.l.conficiuntur* 8.*D. de iur. codi-
cill.l.querebatur, D.de teſtám.milit.* Vnde fit vt heres inſtitutus qui ſi ex te-
ſtamento ſuccederet non modò totius hereditatis dominium , ſed etiam poſ-
ſeſſionem illam conſuetudinariam qua omnes ferè gentes hodie vtuntur, ſibi
adſerere poſſet , cogatur vtrunque petere à legitimo herede , patíque detra-
ctionem falcidiæ , non ſecus acſi legitimus heres teſtamento ipſo inſtitutus,
déque hereditate reſtituenda rogatus proponeretur. In eóque nimirum dif-
4 fert † auxilium clauſulæ codicillaris ab auxilio Iuſtinianeæ illius conſtitutio-
nis, de qua proximo capite diſputauimus,& ex qua ſumpſit *Irnerius Authent.
ex cauſſa.C.de liber.præter.* Fecit enim Iuſtinianus pro ſuo imperio & inuita
ipſa iuriſprudentia vt quamuis ex cauſſa exheredationis vel præteritionis quæ
pro exheredatione habenda ſit ruptum irritúmve factum fuerit teſtamen-
tum , ſiue ob non inſertam exheredationis cauſſam iuſtam à teſtatore , ſiue
ob non probatam ab herede eam quam teſtator inſeruit , legata nihilomi-
nùs & fideicommiſſa , & libertates , cæteráque omnia eo teſtamento reli-
cta ſolis inſtitutionibus vniuerſalibus & particularibus (non dico *ſingulari-
bus*) exceptis ex ipſo teſtamento debeantur , perindéque teſtamenti iure pe-
ti poſſint acſi teſtamentum valeret , neque ruptum aut irritum factum fuiſ-
ſet. At codicillaris clauſula ſicuti ex iure communi teſtantiſque voluntate
dependet , ita facere non poteſt vt quicquam debeatur ex teſtamento quod
non valet , quia nec in teſtantis arbitrio & poteſtate eſt facere quominus le-
ges locum habeant in ſuo teſtamento: Quinimò habet neceſſariò eam condi-
tionem ſiue expreſſam ſiue tacitam *ſi teſtamentum non valebit.* Quomodo igi-
tur fieri obſecro poteſt,vt teſtamentum tueatur? Tuetur ſanè voluntatem te-
ſtatoris. Ex eóque pragmaticis nata eſt errandi occaſio , non diſtinguenti-
5 bus teſtamentum à teſtatoris voluntate: Cùm tamen † diſtingui debere ex eo
appareat , quod teſtamentum non ex qualibet teſtatoris voluntate æſtimatur,
& conſtituitur,ſed ex ea demùm quæ iuſta ſit & ſolennis. Quare nec volun-
tatem teſtatoris conſeruat clauſula codicillaris eo ipſo modo quo teſtator vo-
luit,ſed eo demum quo lex patitur eam voluntatem ſubſiſtere. Tranſlata ſcili-
cet cauſſa inſtitutionis ad cauſſam fideicommiſſi,traductóque iure legatorum
ad ius fideicommiſſorum , quia iuris ratio non patitur vt ab inteſtato legata
tanquã legata debeantur,& à legitimo herede quicquam directis verbis relin-
quantur. Dices fortaſſe verborum errorem hunc eſſe non rerum. Ego verò
6 iam oſtendi quàm periculoſum † ſit errare in nomine cùm diuerſitas
nominis inducit diuerſitatem iuris , & æquè indignus ſanè vterque error
eſt quem

Digitized by Google

eſt quę iuriſprudentes ferre debeant, quibus nihil antiquius eſſe debet quàm vt partitè diſtinctéque loquantur. Igitur nec illud ferendum eſt†quod pra- 7
gmatici paſſim iactitant eundem eſſe debere effectum clauſulæ *omni meliori modo* qui eſt clauſulæ codicillaris, ſi fortè omiſſa clauſula codicillari, teſtator, vt plerunque fit, teſtamentum ſuum omni meliori modo valere præceperit. Scilicet vt ab inteſtato quoque & ex fideicommiſſo admittatur heres inſtitutus perinde acſi codicillaris clauſula, adſcripta eſſet. Quis enim vnquam prudentum dixit aut à prudentibus audiit teſtamentum valere poſſe ab inteſtato? An non prorſus pugnantia & contradictoria hæc ſunt, Valere teſtamentum, & valere ab inteſtato? Itaque quiſquis teſtamentum ſuum valere vult omni meliori modo, illud tantùm præcipere intelligendus eſt vt valeat teſtamentum omni meliori modo quo fieri poteſt vt valeat, tanquam teſtamentum, id eſt aut iure teſtamenti in ſcriptis, aut iure nuncupatiui. Alias enim teſtamentorum formas & ſpecies nullas habemus. Cui conſequens eſt vt ſi neutro iure teſtamentum valere poſſit, inutilis ſit ea clauſula & ſine effectu. Aliud ſanè eſt ſi ſic concepta proponatur vt teſtator ſuam voluntatem omni meliori modo valere iuſſerit. Poſſunt enim commodè verba illa hanc admittere interpretationem vt voluntas quæ iure teſtamenti valere nullomodo poteſt defendatur iure voluntatis inteſtati, adeóque ſi cætera congruant quæ ad mortis cauſſa donationem requiruntur, iure donationis cauſſa mortis. Eritque hoc caſu maioris effectus huius clauſulæ *omni meliori modo* quàm codicillaris. Neque enim clauſula codicillaris inducere vnquam poteſt donationem cauſſa mortis, ſed tantùm ius fideicommiſſi tanquam ab inteſtato relicti. Neque verò nouum eſt vt ad voluntatem teſtatoris quocunque iure tuendam alia verba accommodentur, quàm quibus codicillaris clauſula vulgò concipi ſolet: Nam & ſufficeret iis verbis vſum eſſe teſtatorem quibus apud Scæuolam Lucius ille Titius, de quo in *l. Lucius* 88. §. *vlt. de legat. Si quid minus ritè legitiméque fecero pro iure legitimo haberi debet hominis ſani voluntas.*

ERROR SEXTVS.

De clauſula codicillari concepta per verba præſentis temporis aut futuri.

SVMMARIA.

1 *Clauſula codicillaris quàm variè concipiatur.*

2 *Quantum referre putent pragmatici an clauſula codicillaris ſit concepta per verba præſentis, an per futuri temporis.*

3 *Quàm improbabilis ſit Bartoli & aliorum pragmaticorum diſtinctio.*

CLAVSVLA †codicillaris quæ in teſtamentis ferè omnibus hodie 1
inſeri ſolet non iiſdē ſemper verbis concipitur, ſed nunc iis quæ ad præſens tantùm tempus, nunc iis quæ etiam ad futurū referātur. Prioris conceptionis formula hæc eſt, *ſi teſtamentum meū non valet, volo defendi voluntatem meam ab inteſtato iure codicillorum.* Poſterioris illa, *ſi teſtamentum meum non valet aut valebit.* Multū†aūt referre interpre- 2
tes & pragmatici vulgò putant vtro modo concepta ea clauſula proponatur

Nam priore caſu non aliter vim & effectum haberẽ, quàm ſi iam inde ab eo
tempore quo teſtamentũ ſit incipiat non valere. Poſteriore verò nihil prorſus
intereſſe an teſtamentum ab initio valuerit, an ex poſtfacto ruptum irritúmue
factum ſit. Vtrumque, inquiunt, propter verba conditionis quæ aliter
atque aliter concepta aliam atque aliam teſtantis voluntatẽ demõſtrant.
Sic enim *Bartolus* hac in re ſi qua vnquam in alia adprobatus in *l.1. D. de iur.*
3 *codicill.* Quæ tamẽ diſtinctio tãtũ ne mihi ſimiliter probari vnquam potuerit illud
facit, quòd teſtamentum etſi ex eo potiſſimùm tempore quo ſit vires accipere
debet, quia ex futuri temporis euentu pendere numquam poteſt, non
aliter tamen valere dici poteſt, quàm ſi eo quoque tempore valeat, quo teſtator
moritur ſi pura inſtitutio fuit, aut quo exiſtit conditio ſi ſub conditione
ſcriptus heres proponatur. Quin & aditæ hereditatis tempus ſpectamus ſi de
extraneo nõ etiam de ſuo herede agatur. Id enim eſt quod dici ſolet, in extra
neis heredibus tria tẽpora ſpectari *l. ſi alienus 40. § in extraneis D. de hered.
inſtit.* Quod cùm ita ſit, dico prorſus cõſequens eſſe vt eo quoque caſu quo
clauſula codicillaris per verba illa præſentis tẽporis cõcepta fuerit *ſi teſtamẽtũ
meũ non valet*, perinde effectũ ſuum operari debeat, acſi futuri etiã tempori
verba illa eſſent adiecta *aut non valebit*. Cùm vtroque caſu perinde verum ſit
non valere teſtamentũ eo tẽpore quo de viribus eius quęri poteſt, id eſt poſt
mortem teſtatoris, licèt anteà & ab initio valuerit. Sicut enim ſola teſtatoris
morte teſtamentum confirmatur, & in id demum tempus tota vis effectúſque
teſtamenti confertur, vt ex eo apparet quod teſtamentum diffinimus
iuſtam cuiuſque ſententiam de eo quod poſt mortem ſuam fieri velit, ita dubitari
meo iudicio non poteſt quin teſtator cùm ita loquitur, *ſi teſtamentum
meum nõ valet*, quamuis non adiiciat *aut valebit*, de eo quoque tempore ſentiat
quod poſt teſtamentum conditum adeóque poſt mortem ſuam futurum
eſt, quia nec priùs quærendum eſt an valeat necne, tametſi iam inde ab initio
vt dictum eſt, valere ſuíſque viribus conſtare debuerit, nihilque prodeſt
quod eo tempore valuerit quo factum fuit, ſi poſteà deſierit valere ante
quàm morte adeóque aditione, aut, vt loquar, generaliùs adquiſitione here
ditatis confirmetur, non magis quàm ſi nullo vnquam tempore valuiſſet.
Quid enim teſtatoris intereſt an teſtamentum nũquam valuerit, an verò valere
deſierit, cùm perinde hoc atque illo caſu faciat ipſe exitum inteſtati? An
non ea volúntas eſt eius qui adſcribit clauſulam codicillarẽ, vt ſi ex teſtamẽto
ſuccedi non poterit codicillos ab inteſtato feciſſe exiſtimetur? Atqui ab
inteſtato vnus tantùm caſus eſt, inquit *l. ab inteſtato 16. D. de iur codicill.* nec
quod teſtamentum ab initio fuerit nullum & iniuſtum facere poteſt vt ideo
magis ab inteſtato ſuccedatur, quàm ſi ex poſtfacto ruptum irritúmue factũ
proponeretur. Et ſanè quis credat teſtatorem, qui prudentiſſimo conſilio
ſibi prouidere voluerit in vtrunque euentum teſtamentariæ & legitimæ ſucceſſionis,
caſum aliquem relictum voluiſſe in quo neque ex teſtamento, neque
ab inteſtato voluntas ſua exitum ſortiri poſſet? Aut ſi admittas quod negare
non poſſis, id animo agitaſſe teſtatorem vt ſibi in omnem caſum cõſuleret,
quis patiatur tam improbè circumueniri fraudaríque prudentis hominis
conſilium, vt perinde voluntas eius rupto irritóne facto teſtamento intercidat,
acſi nullam penitus in caſum ſucceſſionis inteſtati cautionem adhibuiſſet?
Sic enim fit vt deterioris conditionis ſit voluntas teſtatoris qui ab initio
vtiliter teſtatus eſt, quàm futura eſſet ſi perperam ac contra leges te-

ſtatus

Digitized by Google

ſtatus fuiſſet: Quod tamen quàm abſurdum ſit facilè æſtimare poteſt quiſquis rationem habere velit pro iure. Quare nec habent interpretes,& pragmatici quod pro commentitia huiuſmodi diſtinctione tuenda,ex prudentum reſponſis aut Imperatorum reſcriptis adferant, aut ex ipſa denique iuris ratione,ſed nituntur ſola illa ſerupuloſa verborum obſeruatione quam ij ipſi tam ſæpe aliàs ridere ſolent,tùm etiam cùm ridere non deberent. Quid ergo ſi teſtator non præſentis aut futuri temporis verbo vſus ſit,ſed infinitiuo & indefinito, puta ſi dixerit *volo hoc meum teſtamentum valere iure codicillorum*? Placet *Bartolo* & interpretibus poſſe verba illa ſufficere vt is quoque caſus tuendæ ab inteſtato voluntatis comprehendantur quo teſtamentum ab initio validum ex poſtfacto deſierit valere, quoniam verborum ſenſus nullius certi temporis adiectione finitus hanc interpretationem & extẽſionem facilè patiatur. Quid ſi clauſula ſic concepta fuerit *ſi teſtamentum hoc valere non poteſt*? Idem *Bartolus* putat, quia, inquit verbum *poteſt* extenſiuum quoque eſt vt etiam futurum tempus comprehendat. Vtrumque rectè ſi errorem illum tollas quem proximo capite refutauimus, quod teſtamentum à teſtantis voluntate non ſeparans,putat fieri poſſe per clauſulam codicillarem vt teſtamentum ab inteſtato defendatur. Sed hoc vnum malè quod non idẽ admittit aliis omnibus caſibus, id eſt quibuſcunque tandem verbis concepta fuerit clauſula codicillaris. Neque enim voluntas teſtatoris patitur, vt hac parte aliquis ſupradictæ diſtinctioni locus relinquatur.

ERROR SEPTIMVS.

De poſthumo ignoranter præterito à patre qui codicillarem clauſulam adſcripſit.

SVMMARIA.

1 *Nato poſthumo qui præteritus fuit rumpitur teſtamentum.*

2 *Quæ ſit vis & poteſtas clauſulæ codicillaris in teſtamento in quo poſthumus eſt præteritus,ex Bartoli ſententia.*

3 *Bartoli obſtringentis fideicommiſſo poſthumum ſcienter præteritum non item rationes ſi ignoranter.*

4 *Aliorum ſubdiſtinctio.*

5 *De propoſita quæſtione & ad eam interpretum diſtinctionibus autoris ſententia.*

6 *Codicillis ab inteſtato ſcriptis, natus poſthumus quem teſtator ignorauerat, fideicõmiſſum præſtare tenetur.*

7 *Sententia l. ab inteſtato.16.D.de iur. codicill.*

8 *Rupto teſtamento per præteriti poſthumi natiuitatẽ,valent omnia quæ à legitimo herede præſtari pater voluit,eaq.à poſthumo præſtãda ſunt.*

9 *Clauſula codicillaris quibuſcunque verbis concepta nonminùs afficit poſthumum, quàm alium quemlibet inteſtati ſucceſſorem.*

10 *Reijcitur eorum ſententia qui poſthumum ignoranter præteritum fideicommiſſo ita obſtrictum putant,vt poſſit duplicem quartam detrahere.*

ETsi non dubitatur quin nato † poſthumo qui præteritus fuit rũpatur teſtamentum ſiue poſt teſtamentum natus fuerit, ſiue poſt mortem patris qui eum habiturus erat in poteſtate,itémque ſiue ſcienter,ſiue ignoranter præteritus proponatur,tamen cùm quæritur de vi & poteſtate clauſulæ codicillaris in eo teſtamẽto adiectæ frequẽtior interpretũ ſententia eſt † quæ *Bartoli* primùm fuit ad *Auth. ex cauſſa Cod.de liber.præter.* diſtinguendũ eſſe an ſciẽter præteritus fuerit, an ignoranter.Priore caſu fatentur poſſe clauſulam codicillarem facere vt poſt- 1 2

humus ab inteſtato ſuccedens rogatus videatur de hereditate tanquam ex fideicommiſſo reſtituenda ei qui teſtamento heres inſtitutus fuit, non ſolùm ſi filius alius teſtatoris iam natus, ſed etſi nepos aliúſve in gradu remotior adeóque extraneus fuerit inſtitutus, ſi modò inquiunt, concepta ſit clauſula per verba quæ non præſentis tantùm temporis ſint, ſed etiam futuri, aut quæ ſaltem per interpretationem ad futurum quoque tempus extendi poſſint. Poſteriore verò caſu negant clauſulæ codicillaris quibuſcunque tandem verbis concepta ſit tantam poteſtatem eſſe debere: ſed perinde acſi adiecta non eſſet, poſthumum de quo teſtator non cogitauit ab inteſtato ſuccedere ſine onere vllo fideicommiſſi. Quanquam autem non deſunt qui adfirment contrariam ſententiam quæ poſthumum ignoranter quoque præteritum fideicommiſſo puro obſtringit, ſi clauſula codicillaris concepta ſit per verba futuri temporis, non ſolùm veriorem eſſe, ſed etiam receptiorem, vt videre eſt apud *Teſſaurum* Deciſ. *Pedemont*.141. & *Borgninum Caluacanum* *Deciſ.* 24.*part*.3. pragmaticis tamen noſtris magis placet diſtinctio *Bartoli* vt quæ ſit æquior hoc ipſo quòd fauet filio eidémque poſthumo de quo excludendo teſtator nullomodo cogitarit. Mouentur † autem ex eo potiſſimùm quòd
3 cùm totus effectus clauſulæ codicillaris ex teſtatoris mēte ac voluntate pendeat, qui vtique eam clauſulam adſcribendo id agere intelligitur vt ſucceſſor inteſtati de hereditate ſcripto heredi reſtituenda rogatus videatur, ferendum non eſt vt vllo vnquam caſu operetur contra voluntatem: quod ipſum tamen, inquiunt, eueniret ſi prodeſſet heredi ſcripto ad cauſam fideicommiſſi ab inteſtato petendi contra poſthumum de quo pater non cogitauit. Prius enim eſt vt de ea perſona cui fideicommiſſi onus iniungitur, cogitatum ſit quàm vt ei fideicommiſſum iniunctum fuiſſe videri poſſit. Etſi enim ignoranti perinde ac ſcienti fideicommiſſum & dari
4 & iniungi poteſt, nemo tamen ignorans fideicommittit. Sunt tamē † qui adhuc ſubdiſtinguendum exiſtiment, an heres ſcriptus eo teſtamento quod poſthumi agnatione ruptum fuit, ex teſtatoris deſcendentibus ſit, an non, vt ſi ſit ex deſcendentibus, fideicommiſſum petere poſſit ex clauſula codicillari, ſin ſecus, non poſſit. Cuius ſubdiſtinctionis ratio illa affertur, quòd multò fauorabilior ſit filius quàm extraneus, & dignior cuius gratia fiat ea interpretatio quæ à iuris ratione minùs aliena eſſe videatur: ſicut & fauorabilior eſt filius iam natus, & teſtatori cognitus, quàm poſthumus qui tantùm abeſt vt teſtatori cognitus fuerit, vt de eo pater nequidem cogitarit. Illa denique diſtinctio pleriſque placet, an poſthumus ignoranter præteritus natus ſit viuo adhuc teſtatore qui teſtamentum mutare potuerit, nec mutauerit, an poſt mortem teſtatoris, aut viuo quidem eo, ſed ita tamen vt non habuerit pater facultatem mutandi teſtamenti. Priore caſu admittunt poſſe clauſulam codicillarem operari contra poſthumum etiam extraneo herede inſtituto. Quaſi negari non poſſit quin ſaltem generaliter de poſthumo cogitatum ſit, cùmque ab inteſtato grauatum pater voluerit, qui cùm aliud teſtamentum facere poſſet, in eóque poſthumum abſque onere fideicōmiſſi inſtituere, maluit tamen decedere cum priore teſtamento, rupto quidem, ſed tamen clauſulam codicillarem habente: non item ſi teſtamentum mutare non potuit, quia non poteſt capi voluntatis coniectura ex eo quòd teſtamentum mutatum non ſit ab eo qui mutare non potuit, tametſi mutandi voluntatem quam maximè habuerit. Diſplicet tamen coniectura hæc pleriſ-

que

que exiſtimantibus patremfamilias qui teſtamentum mutare potuit, nec voluit, tantò magis hoc ipſo declaraſſe inteſtatum velle ſe decedere, quippe cùm ſciuerit aut ſcire debuerit teſtamentum ruptum eſſe apertámque viam legitimæ ſucceſſioni. Ego † nō ſolùm ſupradictas omnes diſtinctiones ſuper- 5
uacuas & improbabiles eſſe arbitror, ſed & quæſtionem ipſam otioſam ſi iure & legibus non interpretum nugis agatur. Nam vt taceam quod iam ſuperiore capite diſputaui nihil prorſus intereſſe quibuſnam verbis concepta ſit clauſula codicillaris, an ijs quæ pręſens duntaxat tempus, an quę etiam futurum demonſtrent, mihi videntur interpretes omnes in eo errare, quòd aliam cauſſam conſtituunt codicillaris clauſulæ, aliam codicillorum ab inteſtato ſcriptorum. Si enim † proponeres nullo facto teſtamento codicillos 6
tantùm ab inteſtato ſcriptos eſſe, iiſque rogatum legitimum ſucceſſorem vt hereditatem Sempronio reſtitueret, ac ſubinde poſt patris mortem natum poſthumum quem teſtator codicillorum tempore ignorauerat, non puto eſſe ex interpretibus aut pragmaticis qui negare auſit, obligatum ex codicillis poſthumum vt fideicommiſſum pręſtare teneatur quod alius quilibet inteſtati ſucceſſor præſtare teneretur. Id enim eſt quod eleganter † Paulus 7
ſcribit *in l. ab inteſtato 16. D. de iur. codicill.* Ab inteſtato factis codicillis relicta debere eum qui poſtea quoque natus ſit, & quicunque ab inteſtato ſucceſſerit codicillos locum habere, quoniam, inquit, ab inteſtato vnus tantùm caſus eſt, nec agnatione poſthumi codicillos euanuiſſe dici poteſt. Senſus eſt multum referre hac parte an teſtamentum aliquod factum ſit, néene. Teſtamento enim facto duplex caſus eſt: Vnus ſi teſtamentum & vires & effectum habeat, & ex teſtamento ſuccedatur. Alter ſi teſtamēto vel iniuſto, vel rupto aut irrito poſtea facto perinde ſuccedatur ab inteſtato, acſi teſtamentum penitus nullum factum fuiſſet. Proinde qui in priorem caſum vocatus aut oneratus fuit, non ſtatim conſequens eſt vt in alterum quoque vel vocatus vel oneratus intelligatur. Nihil enim commune habet voluntas teſtati cum voluntate inteſtati, ſicuti nec cauſſa teſtamentariæ hereditatis cum legitima ſucceſſione. At cùm decedit quis ab inteſtato, vnus tantùm caſus eſt, nec fieri poteſt vt vel ex teſtamento, vel magis minúſve ab inteſtato ſuccedatur. Itaque fruſtra quæras quiſnam ille ſit qui ab inteſtato ſuccedit, an filius iam natus, an poſthumus, an alius agnatus cognatúſve, Aut an is quem teſtator ſibi ſucceſſurum ſciuerit, an quem ignorauerit, & de quo cogitare non potuerit. Quicunque enim ille ſit qui ab inteſtato ſuccedit, eodem iure ſuccedit, legitimúſque ſucceſſor eſt, & quidem ex voluntate teſtatoris qui ſicut heredem ab inteſtato habere omnimodo voluit, ita de omnibus iis proculdubio cogitauit quibus lex hereditatem delatura eſſet, nec de hoc aut illo cogitandum habuit, cùm ad cauſſam ſucceſſionis inteſtati nihil pertinuerit an hic aut ille ad ſuccedendum proximior futurus eſſet. Neque ſanè vllo iuris loco reperias prudentes hanc diſtinctionem admittere, An is ab inteſtato ſuccedat quem teſtator ſucceſſurum ſperauit, an alius, niſi cùm agitur de fideicommiſſis ab eo nominatim relictis, qui codicillorum tempore ſucceſſurus credebatur, vt in *l. penult. D. de iur. codicill. l. cùm pater 77. §. cùm exiſtimaret. de legat. 2.* At rupto † teſtamento per præteriti poſthumi natiuitatem 8
generaliter & indiſtinctè valere omnia quæ à legitimo herede præſtari pater voluit, & à poſthumo perinde atque ab alio quolibet herede præſtanda eſſe apertè ſcriptum eſt in *l. generaliter 24. §. ex teſtamen. D. de fideic. libert.*

ita vt pro ſententia noſtra aduerſus commentitias illas interpretum & pragmaticorum diſtinctiones nihil ſcribi potuerit apertius. Tractat enim eo loco Vlpianus non de codicillis ab inteſtato factis, ſed quod ad rem noſtram magis pertinet de codicillari clauſula adſcripta in teſtamento, quod poſthumi præteriti agnatione ruptum proponebatur: vt intelligamus contrà quàm interpretes,& pragmatici noſtri ſentiant, nihil inter hos caſus intereſſe. Nam qui in teſtamento adſcribit clauſulam codicillarem, licèt non ea primùm mente ſit vt inteſtatus moriatur, quia tamen cogitat fieri aliquo caſu,aut aliqua de cauſſa poſſe vt faciat exitum inteſtati, prouidet etiã quantum poteſt in vtrunque euentum,vt etiam ſi inteſtatò eum mori contingeret, voluntas tamen eius effectum ſortiatur. Eum ſcilicet ipſum, quem ſortiretur ſi nullo teſtamento facto codicillis duntaxat ab inteſtato ſcriptis iudicium ſuum aperuiſſet. Itaque non minùs ridiculum eſt dicere patrem qui de inteſtati ſucceſſione cogitauit cùm clauſulam codicillarem adſcriberet,non cogitaſſe de poſthumo quem tum ignorabat, quàm ſi quis idipſum diceret eo caſu quo teſtamentum nullum factum fuiſſet. Cogitauit enim de habendo eo herede quem lex datura ſibi eſſet, quiſquis tandem ille foret, & conſequenter de poſthumo ſi quem vnquam ſibi agnaſci contingeret, æquè
9 ac de alio quolibet. Verius igitur eſt quod nos volumus clauſulam † codicillarem quibuſcunque verbis conceptam non minùs afficere poſthumum ſiue ſcienter,ſiue ignoranter præteritum,quàm alium quemlibet inteſtati ſucceſſorem, ſiue filius ſiue extraneus teſtamento heres ſcriptus ſit, qui tanquam ex fideicommiſſo hereditatem ſibi ab inteſtato reſtitui poſtulet. Quod autem quidam remedij & æquiſſimi temperamenti loco induxerunt, vt poſt-
10 humus † ignoranter præteritus fideicommiſſo quidem obſtrictus intelligatur,ſed tamen duplicem portionem ex fideicommiſſo detrahat, ſcilicet legitimam & trebellianicam,multò ineptius eſt. Conſentiunt enim interprete & pragmatici quotquot ſunt, fideicommiſſum, huiuſmodi quod ex vi clauſulæ codicillaris à legitimo ſucceſſore datum intelligitur purum eſſe non in diem aut conditionale. Cui conſequens eſt ex iiſdem interpretum traditionibus vt duplex detractio fieri non debeat,ſed legitimæ ſolius: quod vtrunque probatur optimè ex *l.3.§.1.D.de iur.codicill.* De quo quia iam ſatis multa & ex profeſſo ſcripſimus in ſuperioribus, *Decade* 11. *cap.* 7. hîc non repetemus. Hoc tamen addemus, ſicuti eorum ſententiam non probamus qui duplicem illam detractionem vllo caſu admittunt, ita non poſſe nos non probare, quod quidam adnotarunt, multò minùs poſſe huic duplici detractioni locum fieri ſi is qui præteritus fuit tantundem conſequatur ab inteſtato, aut etiam plus quàm ex legitimæ & trebellianicæ detractione conſecutus eſſet. Quod etſi in poſthumo primi gradus ignoranter prçterito contingere non poteſt,facilè tamẽ contingat in poſthumo ſecundi gradus,adeóque in nepote iã nato tẽpore teſtamenti,ſed qui poſtea primum in aui familia gradum tenere cœperit quem teſtamẽti tempore non tenebat. Finge patremfamiliâs cùm duos liberos haberet Titium & Sempronium,eos ex inæqualibus portionibus inſtituiſſet, Titium ex beſſe,Sempronium ex triente. aut vtrumque quidẽ ex ſemiſſe,ſed prælegatis, Titio ad beſſem vſque, Sempronio autem non niſi ad trientem relictis. Nepotes verò quos ex Sempronio filio, vel iam tùm habebat, vel habere aliquando poterat, ſiue conſultò, ſiue ignoranter præteriiſſe, nec eo minùs tamen clauſulam codicillarem adſcripſiſſe,

ſcripſiſſe. Si poſtmodum Sempronius viuo patre decedat ſuperſtitibus liberis, nemo dubitat, quin quaſi agnatione ſui heredis teſtamentum ruptum ſit, ob non inſtitutos ex præſcripto legis Velleæ nepotes: quos tamen propter clauſulam codicillarem haberi oporteat pro rogatis vt herditatem quam ab inteſtato percipiũt Titio patruo reſtituant iure fideicommiſſi. Neque enim melioris hac parte conditionis eſſe poſſunt, quàm poſthumus præteritus ignoranter, cùm & ipſi poſthumorum loco eſſe dicantur in *l. poſthumorum* 14. *D. de iniuſt. rupt.* Sed an totam patrisfamilias hereditatem reſtituent? Interpretes negant, Rectène an ſecus videbimus in ſequentibus. Ergo ſi interpretibus credimus, eam ſolam portionem Titio patruo nepotes reſtituẽt ex qua Titius fuerat inſtitutus. Ita fiet vt triẽtem in quo Sempronius pater ſcriptus erat retineant, nec proinde ex portione Titio reſtituenda quicquam deducant, quia quod ex perſona Sempronij patris ſui ab inteſtato percipiunt, ad trientem vſque primi aſſis, æquat ſemiſſem beſſis reſtituendi Titio, qui ſemis alioqui nepotibus pro legitima & Trebellianica deberetur. Proinde nihil cauſſæ eſt cur duplex illa detractio nepotibus hoc caſu permittenda ſit, in eóque cum interpretibus ſentio. Sed quod volunt nullam prorſus detractionem fieri ne falcidiæ quidem, &, vt loquuntur, Trebellianicæ iure mihi æquè non probatur. Et de eo nobis paulò diſtinctiùs tractandum eſt.

ERROR OCTAVVS.

De iure adcreſcendi per clauſulam codicillarem in vim fideicommiſſi defendendo, cùm poſthumus aut alius ex ſuis heredibus cuiuſcunque gradus præteritus fuit.

SVMMARIA.

1 *Nihil intereſt cùm de clauſula codicillaris poteſtate quæritur, an poſthumus an alius ex ſuis heredibus ignorãter præteritus proponatur.*

2 *Varij caſus quibus fieri poteſt vt teſtator de liberis iam natis non cogitet.*

3 *An fieri vllo caſu poſſit vti ne totam hereditatem aut legitimam portionem reſtituat is, qui præter ſpem & voluntatem teſtatoris ab inteſtato ſuccedit.*

4 *Species facti.*

5 *Pragmaticorum ad quæſtionem reſponſio.*

6 *Sententia pragmaticorum refutatio.*

IAM diximus nihil intereſſe † cùm de clauſulæ codicillaris vi & 1
poteſtate quæritur, an poſthumus, an alius ex ſuis heredibus
ſiue primi, ſiue ſecundi, aut etiam vlterioris gradus ignoranter
præteritus proponatur; niſi quod difficilius eſt, vt de filio
aut nepote iam nato non cogitauerit teſtator ſaltem in genere,
quàm vt de poſthumo, de quo fortaſſis teſtamenti tempore nihildum ſperabat.
Sed tamen poteſt variis † de cauſſis ſimiliter contingere, vt nec de iis co- 2
gitauerit qui iam tùm nati fuerunt. Finge natos in alia prouincia, aut etiam
in domo ipſa teſtatoris abſente fortaſſis & ignorante patre, vt in *l. Titius* 25.
§. Lucius. D. de liber. & poſthum. Finge præmortuum filium, qui fuerat inſtitutus,
& ſuperſtitem ex eo nepotem præteritum, de quo inſtituendo, vel exheredando
auus non cogitauerat, quia nec cogitare debuerat, cùm nepos à filio
anteuerteretur, vt in ea ſpecie quam ad ſuperioris capitis finem tractabamus.
His ſanè caſibus, & aliis, ſi qui ſunt ſimiles, non alia ratio haberi poteſt

filij aut nepotis iam nati, quàm poſthumi ignoranter præteriti, ſempérq. &
indiſtincte verum eſt clauſulam codicillarem quibuſcumque verbis conce-
ptam facere debere, vt quiſquis ab inteſtato ſuccedit, de hereditate tanquam
ex fideicommiſſo reſtituenda rogatus intelligatur. Sed elegans dubitatio illa
3 eſt, quam nos ſuperiore capite attigimus, An fieri vllo caſu poſſit, vti ne to-
tam hereditatem aut legitimã portionem ſuam reſtituat is, qui præter ſpem
& voluntatem teſtatoris ſuccedit ab inteſtato. Species quam ſuperiore capi-
4 te tractabamus, in hãc rẽ omnium accommodatiſſima eſt. Pone †patrem qui
duos habebat filios Titium & Sempronium, & ex Sempronio iam natos ne-
potes (quamquam etſi poſteà nati ſint dummodò viuo auo cõcepti, nihil re-
fert) Titium heredem inſtituiſſe ex ſemiſſe adſcriptis ei ampliſſimis prælega-
tis, aut etiam, vt ponebamus ſi voles, ex beſſe, Semproniũ ex reliqua heredi-
tate, nepotes verò ex Sempronio præteriiſſe: adiecta tamen clauſula codicil-
lari rogatíſque per eam legitimis ſucceſſoribus, vt voluntatem ſuam ab inte-
ſtato quoque tuerentur: ſubinde mortuum Sempronium viuo adhuc patre
liberiſque ſuis ſuperſtitibus. Conſtat ruptum eſſe teſtamentum quaſi agna-
tione, aut, quod idem eſt, ſucceſſione ſui heredis. Proinde ab inteſtato diuidi
hereditatẽ ex ſemiſſibus inter Titium patruum & liberos Sempronij, ita ta-
men vt propter adiectam clauſulam codicillarem cenſeantur rogati nepotes
illi ex Sempronio de reſtituenda Titio hereditate, quærimus an totum illum
ſemiſſem quem inani hereditate ab inteſtato percipiunt, reſtituere debeant,
an verò eam duntaxat portionem quam habiturus erat Titius ex teſtamẽto,
ſi Sempronio fratre, eodémque coherede ſuperſtite teſtamentum valuiſſet,
nec ruptum vnquam fuiſſet. Quæſtio in eo eſt, an ius adcreſcendi quod Ti-
tius habiturus fuit fratre abſtinente, & teſtamento ſubſiſtente, ſaluum ei eſſe
debeat iure fideicommiſſi ab inteſtato præſtandi, non ſecus acſi ſolus Titius
heres inſtitutus fuiſſet, Sempronio fratre exheredato. Ius enim adcreſcendi
facit, vt qui ex parte tantùm heres ſcriptus eſt dato coherede, ex toto aſſe
5 ſcriptus intelligatur coherede ſe abſtinente aut repudiante. Pragmatici † no-
ſtri putant non eſſe cogendos Sempronij liberos vt patruo quicquam reſti-
tuant ſupra eam portionem quæ teſtamento relicta eſt, hac vna moti ratione
quòd ius adcreſcendi non poſſit competere ex teſtamento quod agnatione
aut quaſi agnatione ruptum eſt, non magis quàm ſi ab initio nullũ & iniu-
ſtum fuiſſet. Sic enim vulgò noſtri ad *Auth. ex cauſſa C. de liber. præter.* quos
refert, & ſequitur Iulius Clarus in *§. teſtamentum, quæſt. 46. verſ. & hæc conclu-*
6 *ſio. & quæſt. 5. &* 54. Ego contrà ſentio. Nam †etſi non nego ius adcreſcendi
ex teſtamẽto nullo & iniuſto, aut rupto irritóve facto competere nullomo-
do poſſe, quia appendix quędam eſt pręcedentis inſtitutionis. Inſtitutiones
autem omnes corruunt etiam poſt Iuſtiniani conſtitutionem, de qua in *dict.
Auth. ex cauſſa.* Videre tamen non poſſum cur non etiã ab inteſtato ſaluum
eſſe debeat iure fideicommiſſi, perinde ac reliqua omnis voluntas teſtatoris,
ne alioqui eueniat vt voluntatis aut clauſulæ codicillaris diuiſio inducatur:
quod vtrumque ſanè perabſurdum eſſet. Clauſula enim codicillaris facit vt
voluntas teſtatoris, quæ ſupremis tabulis declarata effectum habere ex teſta-
mento nõ potuit, defendatur ab inteſtato quantũ fieri poteſt iure fideicom-
miſſi *l. 3. §. 1. l. conficiuntur. 8. D. de iur. codicill. l. generaliter 24. §. ex teſtamento.
D. de fideic. libert.* Atqui ius adcreſcendi quod legis poteſtate inter coheredes
inducitur, pendet procul dubio & proficiſcitur ex tacita teſtatoris voluntate,
cum

cùm nihil aliud ſit niſi tacita quædam ſubſtitutio, vt eleganter ſcriptum eſt in *l. ſi Titio 61. §. Iulianus. de legat. 2.* Quidni ergo per codicillarem clauſulam conſeruabitur? Nam & ſi poneres Titium & Sempronium fratres eoſdémque coheredes in caſum vulgarem inuicem ſubſtitutos, vtique fatēdum eſſet clauſulæ codicillaris eam vim fore, vt ſubſtitutionem illa vulgarem quæ nihil niſi ſecunda inſtitutio eſt, perinde ac primam inſtitutionem in fideicommiſſi cauſſam deduceret. Neque enim hoc illo difficilius eſt. Quod verò refert cùm agitur de conſeruanda quoquomodo voluntate teſtatoris, an ſubſtitutio expreſſa ſit an tacita, quandoquidem vtraque eſt ex teſtatoris iudicio, vt diximus, & voluntate; Pragmaticorum error hac in quæſtione ex eo naſcitur, quòd non diſtingunt auxilium Iuſtinianeæ conſtitutionis, de qua in *d. Auth. ex cauſſa*, ab auxilio clauſulæ codicillaris, quaſi vtriuſque beneficio & legata & fideicommiſſa eodem modo conſeruentur. Nec animaduertunt quod nos ſuprà docuimus *cap. 5.* in eo hæc auxilia differre, quòd per Iuſtiniani legem rupto vel irrito facto teſtamento ex cauſſa exheredationis vel præteritionis conſeruantur legata & fideicommiſſa tanquam ex teſtamento, per clauſulam verò codicillarem ab inteſtato: item quòd Iuſtiniani conſtitutio ad præteritionem paternam nil pertinet, clauſula verò codicillaris cùm nonniſi in euentum ſucceſſionis inteſtati adſcribatur, æquè omni caſu locum habet nec diſtinctio neceſſaria eſt, qua de cauſſa inteſtati ſucceſſio deferatur. Fateor quod interpretes volunt rupto, vel irrito facto teſtamento ex cauſſa exheredationis vel præteritionis quæ pro exheredatione habeatur, ſicut inſtitutiones omnes, ita & ſubſtitutiones directas corruere & conſequenter ius quoque adcreſcendi. Nec aliud iuris eſſe, quinimò idem multò magis probandum ſi ex cauſſa præteritionis paternæ teſtamentum nullum ab initio iniuſtúmque proponatur. Sed adſcripta clauſula codicillari quę totam defuncti voluntatem ab inteſtato iure fideicommiſſi tueatur, nego idem iuris conſtitui debere. Quid enim attinet dicere teſtamentum nullum eſſe aut ruptum aut irritum, vt adcreſcendi ius excludamus, cùm de teſtatoris voluntate non ex teſtamento, ſed ab inteſtato tuenda diſputamus? Igitur in propoſita ſpecie dicendum eſt teſtatoris nepotes ex Sempronio rogatos videri vt eam quoque portionē ex qua Sempronius pater fuerat inſtitutus Titio patruo reſtituant ex cauſſa fideicōmiſſi, ſalua tamen falcidia, id eſt ea portione quæ ex Trebelliano Senatuſconſulto retineri poteſt quarta ſcilicet ſemiſſis reſtituendi.

ERROR NONVS.

De diſtinctione filij ſcienter & ignoranter præteriti cùm agitur de legatis & fideicommiſſis ex teſtamento & Iuſtin. lege conſeruandis.

SVMMARIA.

1. *Diſtinctio filij ſcienter & ignoranter præteriti à Bartolo & alijs etiam adhibetur, cùm agitur de legatis & fideicommiſſis ex teſtamento & Iuſtiniani Nou. 115. conſeruandis.*
2. *Quàm ſit inepta Bartoli diſtinctio.*

3 Caſus quo filius à matre præteritus pro inſtituto habendus eſt.
4 Declaratur ſententia l. vlt. D. de hered. inſtit.
5 Item l. cùm mater. 28. D. de inoff. teſtam.
6 Ratio Bartoli & eius refutatio.

1 QVAM diſtinctionem † ſupra diximus à *Bartolo* cęteriſque interpretibus & pragmaticis adhiberi ſolitam eſſe, cùm de voluntate teſtatoris per clauſulam codicillarem defendenda quæritur, filio ſiue iam nato, ſiue poſthumo præterito, nimirum ſcienterne ſit præteritus an ignoranter, eandem illi ipſi adhibent cùm agitur de legatis & fideicommiſſis conſeruandis ex teſtamento per Iuſtiniani conſtitutionem nouellam 115. cui titulus eſt. *Vt cùm de appellat. cognoſc. §. aliud quoque capitulum.* vnde ſumpta eſt *Auth. ex cauſſa Cod. de liber. præterit.* Nam ſi filius ſiue iam natus, ſiue poſthumus præteritus ſit à ſciente, non dubitant quin locus ſit conſtitutioni, & quidem indiſtinctè, id eſt ſiue paterna, ſiue materna præteritio eſſe proponatur. Sed ſi ab ignorante negant conſeruari debere legata & fideicommiſſa quaſi quæ veriſimile ſit non fuiſſe parentem relicturum ſi de filio aut poſthumo quem præteriit, cogitaſſet. Benignè namque, inquiunt, de parentum erga liberos voluntate quantũ fieri poteſt ſemper ſuſpicandum, & præſumendum eſt, ne pater aut mater filiũ vel auus nepotem facilè onerare voluiſſe exiſtimetur. Qua ratione moti plerique etiam ex iis quibus ſupradicta diſtinctio minùs placet, fatentur tamen non debere filium præteritum ea legata, quæ tam ampla ſint, vt veriſimiliter non fuerit teſtator ea relicturus, ſi de liberis, quos præteriit, cogitaſſet. Sed quàm ſit inepta † nulliúſque momẽti ea diſtinctio, ex illo apparet, quòd,
2 vt à nobis ſuprà diſputatum probatúmq. eſt, Iuſtiniani conſtitutio ad pręteritionem paternam nihil pertinet, ſed ad eam tantùm quæ à matre facta ſit, aut ab aliis huiuſmodi perſonis, quarum præteritio habenda ſit pro exheredatione. Id enim, ſi ita eſt, vt certè eſt, fit omnino conſequens, vt in fauorem filij, qui pro exheredato haberi debeat, interpretatio fauorabilis capi non poſſit, quaſi non fuerit mater filium pręteritum tot legatis & fideicommiſſis grauatura, ſi eũ ſibi futurum ſucceſſorem ſperaſſet. Quidni enim credamus multò magis ab eo fuiſſe legaturam aut fideicõmiſſuram quem exheredauerit aut pro exheredato habuerit? Siquidem longè plus eſt hereditatem in totum adimere, quàm legatis aut fideicommiſſis delibare: nec qui exheredatus eſt aut pro exheredato habendus fauore vllo dignus videri poteſt ad huiuſmodi interpretationem extorquendam. Atque hoc quidem expeditiſſimum eſt, apud ipſos quoque, ni fallor, interpretes, habétque naturalem intellectũ ſi de expreſſa exheredatione tractetur, ſiue à patre ſiue à matre facta proponatur. Sed in filio præterito difficilius id admitti poſſe creditur, quòd nõ tam ex teſtantis matris voluntate, quàm ex lege pro exheredato habeatur, cùm is eſt de quo mater teſtamenti tempore non cogitauit: largè ſcilicet ſumpto exheredationis nomine pro excluſione illius qui neque inſtitutus fuit, neque verbis expreſſis aut ex tacita teſtantis voluntate exheredatus. In quo tamen ſi quid mei iudicij eſt, tantò apertiùs & interpretes & pragmatici falluntur, quantò ſubtiliores videri volunt. Potiùs enim iſta ratiocinatione probarent filium à matre ignorante præteritum pro exheredato haberi non oportere, quàm efficere poſſint, vt pro exheredato habitus legata & fideicommiſſa non debeat, quæ relicta ſunt ab inſtituto. Nam ſi is quoque quem mater tam dilexit, vt heredẽ eum inſtituerit, ſiue filius is fuit, ſiue

extra-

extraneus legata omnia & fideicommiſſa eo teſtamento relicta dabiturus fuit ſi teſtamentum ruptum irritúmue factum non fuiſſet, qua fronte obſecro, negare poſſit is qui ſe pro exheredato habendum eſſe intelligit, ea omnia ſe debere ex matris voluntate quæ inſtitutus debuiſſet? Dico *ex matris voluntate*, quoniam ex vera rectáque iuris ratione poſſet ſanè contendere nihil ſe debere ex eo teſtamento quod ruptum irritúmve factum eſt, ſi Iuſtiniani noua conſtitutio nō obſtaret. Sed cùm ita Iuſtiniano placuerit, vt quamuis rupto ex cauſa exheredationis vel præteritionis, irritóue facto teſtamento, legata nihilominùs & fideicommiſſa omnia conſeruentur, nihil ſupereſt quod filiū ignorāter à matre præteritum ab hoc onere immunē præſtare poſſit, niſi ſi obtendat non eam fuiſſe matris voluntatē, quæ de eo nō cogitauerit. Hoc verò eſt quod ego ferre non poſſum, vt ſe habeat pro exonerato qui ſe vel inuitum ſcit habendum pro exheredato. Illud enim multò minùs dici poteſt ex præteritione ignoranter facta coniecturam voluntatis ſumi debere vt habeatur potiùs pro inſtituto. Nullo ſiquidem caſu reperias filium à matre præteritū pro inſtituto habendum eſſe, præter quàm * in ſpecie illa ſingulari *l.3.C.de inoffic.teſtam.* quæ proculdubio nouum ius facit, imperatorij reſcripti autoritate non minùs quàm euidentiſſima rei æquitate ſubnixum. Quis enim prudentum citra eam conſtitutionem ſic reſpondere potuiſſet? Cùm verò Imperatores quorum ea lex eſt ad conſeruandi teſtamenti fauorem reſpexerint potiùs quàm ad perſonam filij præteriti cui vtique commodius eſſet ab inteſtato ſuccedere rupto per querelam teſtamēto, vt docuimus *lib.9. Coniect. cap.*15. apparet ne eo quidem caſu quo filius præteritus habeatur pro inſtituto immunem eum eſſe ab onere præſtandorum legatorum & fideicommiſſorum ab inſtituto relictorum. Eſſet enim id multò abſurdius & iniquius, ſubſiſtente teſtamēto corruere legata & fideicōmiſſa quæ in eo relicta ſunt, quàm quod in contrarium Iuſtinianus conſtituit *dict. Nouell.*115. vt rupto vel irrito facto teſtamento ex cauſſa exheredationis vel præteritionis, quæ pro exheredatione ſit, legata nihilominus & fideicommiſſa conſeruentur. Quòd ſi filius præteritus tum etiam cùm pro inſtituto habetur ea omnia debet quæ teſtamento relicta ſunt, licèt de eo mater teſtamenti tempore non cogitauerit, quantò magis ea debebit filius qui propter præteritionem quantumuis ignoranter factam habendus ſit pro exheredato? Nimirum ſi, vt dixi, nō tam iuris rationem quàm matris mentē filiique fauorē reſpicias. Neque enim dici poteſt tam benignè præſumendū eſſe de voluntate matris erga filium qui pro exheredato habetur, vt eum minùs oneratū voluiſſe exiſtimetur, quàm ſi pro inſtituto haberetur, cæteris paribus, id eſt præteritione in vtroq; caſu ignoranter facta. Illud certè dici non poteſt filium à matre ignoranter præteritum, neque pro inſtituto neque pro exheredato, ſed pro præterito habēdum eſſe. Nam licèt in eo diuerſum ius ſit patris & matris, quòd non ſicut pater, ita & mater nominatim filium inſtituere vel exheredare cogitur, quia fœminæ non habent ſuos heredes: non tamen vſque adeò matribus indultum eſt, vt liberos neque inſtituere neque exheredare cogantur. Cur enim matres, quæ & parentes ſunt extraneis omnino ſimiles faciamus? Alioqui nec ferendū eſſet, vt de inofficioſo matris teſtamēto quæri poſſet filius præteritus, ſi præteritus pro præterito haberi, nec omnimodo aut inſtitui aut exheredari deberet. Non enim alio iure querela filio à matre præterito accommodatur, quàm quaſi immerenter exheredato, & eo colore tanquā furioſa, nec ſanæ mentis fuerit mater quæ filiū in-

ſtituere omnino debuerat,aut nõ niſi merentẽ exheredare.Proinde cùm præteritio à matre facta quantumlibèt ignoranter, pro nuda præteritione haberi nõ poſſit,ſed omnimodo pro exheredatione,adeóque inuita etiam matre quæ ſcilicet facere non poſſit quominùs leges in teſtamento ſuo locũ habeãt,nulla prorſus ratio eſt,vt propter eã matris ignorãtiã filius qui nõ eo minùs habetur pro exheredato,pro exonerato habeatur. Quam in rem textus eſt & elegãs & apertus in *l.ſi inſtituta 27.§.vlt.& in l.ſeq.D. de inoff.teſt.* In filio à patre prӕterito alius tractatus eſſet, ſi ad paternam quoque prӕteritionẽ Iuſtiniani conſtitutio traheretur. Prӕteritio enim paterna pro pręteritione eſt, non pro exheredatione. Eáque res interpretibus errandi cauſſam fortaſſe prӕbuit: exiſtimantibus Iuſtinianӕ conſtitutionis ſententiam generalem eſſe ad quãlibet prӕteritionem. Poteſt verò non malè ad propoſitam quӕſtionem & ſententię noſtrę cõfirmationem accommodari quod ſcriptum eſt † in *l.vlt.D.de*
4 *hered.inſtit.* Nam cùm Pactumeiam Magnam filiam Pactumeij Magni Pactumeius Androſtenes heredem ex aſſe ſcripſiſſet,eíque patrem eius ſubſtituiſſet, ac Pactumeio Magno occiſo, rumoréque perlato quaſi filia quoque ipſius mortua eſſet, mutaſſet teſtamentum, Nouiúmque Rufum heredem inſtituiſſet hac prӕfatione, *Quia heredes quos volui habere mihi continere non potui, Nouius Rufus heres eſto*: refert Paulus ſupplicatione Imperatori facta ſuſceptáque cognitione viſum eſſe Imperatori ex voluntate teſtatoris, Pactumeiӕ Magnӕ ſubueniendum, & hereditatem ad eam pertinere. Sed tamen legata ex poſteriore teſtamento prӕſtare eam debere, perinde atque ſi in poſterioribus tabulis ipſa fuiſſet heres ſcripta. An quod de ea legatis oneranda teſtator poſteriore teſtamento ſenſiſſet? Minimè verò. Neque enim de ea cogitauerat, qui ſi cogitaſſet poſterius teſtamentum non feciſſet vt ex prӕfatione conſtabat. Neque rurſum voluntas teſtatoris obſcura eſt, quòd noluerit Pactumeiam Magnam priore teſtamento ſcriptam legatis oneratam intelligi, quippe à qua eo teſtamento nulla legata reliquerat. Ratio igitur propter quam viſum eſt debere eam omnia quӕ poſterioribus tabulis fuerant relicta, non alia reddi poteſt quàm quòd poſterius teſtamentum valeat, cui ſcilicet falſus modus, vt lex ait, non ſolet obeſſe, quamuis hereditas auferatur poſteriori heredi qui non habet voluntatem, vt priori deferatur ex mente teſtatoris. Subſiſtente autem teſtamento nihil attinet quӕrere an teſtator qui eo teſtamento legata & fideicommiſſa reliquit de illo herede onerando cogitauerit necne, cùm fieri nequeat vt non ex eo teſtamento quod valet omnia quӕcunque in illo relicta ſunt, debeantur, licèt appareat non fuiſſe teſtatorem ea relicturum, ſi talem ſibi futurum ſucceſſorem ſperaſſet. Atqui in eo caſu de quo tractamus, ſimiliter euenit vt non valeat quidem teſtamentum quod ad heredis inſtitutionem, ſed tamen perinde valeat quod ad legata & fideicommiſſa acſi nullomodo ruptum proponeretur, ita conſtituto per Iuſtinianum iure, licèt inuita & reluctante iuris ratione, quamuis non ſine exẽplo. Idem enim iam olim † Hadrianus conſtituerat in teſtamento matris, quę
5 cùm filium militem falsò audiſſet deceſſiſſe, alios teſtamento inſtituerat heredes. *l.cùm mater 28.D. de inof. teſtam.* vbi quod additur *hic illud adnotatum quod de libertatibus & legatis adiicitur, nam cùm inofficioſum teſtamentum arguitur, nihil ex eo teſtamento valet,* nõ eò pertinet vt Hadriani conſtitutio corrigatur, ſed vt intelligamus multum intereſſe an ſola inſtitutio euertatur ex defectu voluntatis, an verò totum teſtamentum per querelã inofficioſi teſta-

menti,

menti.Hoc enim caſu etiam legata & fideicommiſſa corruunt, adeò vt nec
ab inteſtato debeantur, *l.Titia* 13.*eod.* idem ergo iuris obtinere debet vt quā-
uis mater de filio quem ignoranter præterit non cogitauerit(Dicā amplius)
quamuis nihil ab eo fuerit relictura ſi de ipſo cogitaſſet,perinde tamen lega-
ta & fideicommiſſa omnia præſtare debeat, acſi ex eo teſtamēto hereditatem
obtineret. Nàm quod Bartolus reſpondet tractari eo loco de præteritione
quæ teſtamentum nec nullum nec ruptum aut irritum faciebat, ad rem non
pertinet. Tractatur enim de ademptione quæ plus quàm præteritio eſt, de
ademptione inquam ei facta, cui tamēn non fuerat teſtator adēpturus ſi pu-
taſſet poſſe ſe habere eum heredem quem priore teſtamento inſtituerat. Et
conſequenter quæ ex defectu voluntatis non poterat valere, nec priorem in-
ſtitutionem euertere, non magis quàm præteritio poſthumi de quo præſer-
tim pater non cogitauit, excludere poſthumum à legitima inteſtati ſucceſ-
ſione.Contrà enim prior inſtitutio euertit poſteriorem, ſicuti ius poſthumi
ab inteſtato ſuccedentis euertit rumpitque teſtamentum in quo præteritus
fuit,quia eodem inſtanti poſthumus præteritus & rumpit & ſuccedit, *l.* 5. *de*
iniuſt.rupt. Atqui non eo minùs prior inſtitutus qui ſuccedit ex inſtitutione
nullis legatis grauata præſtat ea legata quæ poſteriore teſtamento fuerūt re-
licti,nimirum quia poſterius illud teſtamentum quod ad legata valet, neque
euertitur ex defectu voluntatis niſi quod ad inſtitutionem, aut potiùs quod
ad perſonam inſtituti,qui licèt poſterioribus tabulis ſcriptus ſit, non tamen
habet pro ſe defuncti voluntatem. Recta igitur ratiocinatio eſt ab illa ſpecie
ad hanc de qua nunc tractamus,in qua præteritio per matrem facta, ſolā in-
ſtitutionem afficit non etiam legata,vt quamuis de filio legatis onerādo ma-
ter non cogitauerit quæ nec de filio quidem ipſo cogitauit, perinde tamen
filius legata omnia præſtet acſi ex eo teſtamento ſuccederet, quia & perinde
valet teſtamentū quod ad legata ex Iuſtiniani conſtitutione,acſi neque quod
ad inſtitutionem ruptum eſſet.Imò hòc plus eſt in ſpecie *d.l.vlt.de hered.in-*
*ſtit.*quod legatorum præſtatione oneratur is à quo nihil teſtatorem legare
voluiſſe conſtabat, qui ſcilicet nullis adſcriptis legatis fuerat inſtitutus. At
præterito filio de quo mater non cogitauit,ſi neges debere eum legata teſta-
mento relicta, non poſſis æquè dicere in aperto eſſe quod noluerit mater eū
onerare,ſed hoc tātùm quòd aiunt interpretes,non eſſe veriſimile quod eū
grauatura fuerit mater ſi de ipſo cogitaſſet.Quæ præſumptio tantùm eſt non
probatio voluntatis. Faciſius igitur eſt contra eam præſumptionem reſpon-
deamus pro conſeruatione legatorum relictorum in teſtamento quod hac
parte vitiatū non eſt,pro qua reſpōſum eſt in ſpecie *d.l. vlt.* id eſt tùm etiam
cùm conſtat & in aperto eſt nō fuiſſe teſtatorem eiuſmodi legata relicturum
ſi ſperaſſet fore ſibi heredem eum quem prioribus tabulis ſine onere legato-
rum ſcriptum voluiſſet. Minùs verò vrget ratio † alia qua Bartolus mouetur 6
vt filiū de quo teſtator non cogitauit,liberet à præſtatione legatorū, ſumpto
ſcilicet argumēto à donatione inter viuos,quæ,inquit, licèt ſit multò fortior
quàm legata vt iā facilè reuocari non poſſit,reuocatur tamē ſi poſt factā do-
nationē agnaſcantur donatori liberi de quibus ipſo donationis tempore non
fuerit cogitatū ex *l.ſi vnquam* 9.*C.de reuoc.donat.* Nēpe ex coniectura illa pie-
tatis de qua Papinianus in *l.cùm auus* 102. *De condic.& demonſtr.* quòd nō ſit
veriſimile patrē aut matrē alienam ſucceſſionē propriæ ſoboli antepoſiturū
fuiſſe ſi de propria ſobole cogitaſſet, quēadmodū Papiniani ratiocinationem

interpretatur Iuſtinianus in *l.cum acutiſſimi* 30.C.*de fideic.*Primùm enim reſponderi poſſet quod nos docuimus & probauimus *lib.7.Coniect.cap.*14. falſum eſſe quod Bartolus cæterique interpretes vulgò exiſtimãt donationẽ inter viuos ex ſola liberorũ ſuperueniẽtia reuocari.Speciale nãque ius illud eſt cõtra iuris rationẽ inductũ ex lege Cõſtãtini ad eas dũtaxat donationes pertinẽs quæ à patrono in libertũ collatæ ſint, nõ ad cæteras, in quibus perſona donantis non tanto fauore digna eſt cui aduerſus donatariũ ſuccurratur. Sed etſi generalis eſſet ea lex generalitérque intelligenda, quod nunquã admittã, tamen cùm nouum ius contineat à vera rectáque iuris ratione alienum(ſolus enim *Carolus Molinæus* ex omnibus quotquot vnquã fuerunt interpretibus ſcripſit idẽ iã olim obtinuiſſe)nõ video cur ex noua lege argumẽtũ ſumi debeat potiùs quàm ex iuris ratione ad alias iuris partes interpretãdas:Vulgatũ enim eſt,quod cõtra iuris rationem inductum primùm aut cõſtitutum fuit, ad conſequentias protrahi non debere.At neque recta eſſe poteſt hæc donationis & teſtamenti comparatio. Non enim ſicut donationi inter viuos factæ ineſt tacita illa conditio inter interpretes *ſi nulli adnaſcentur liberi*,ita & legatis etiam ineſſe dici poteſt aut teſtamento.Alioqui dicendum eſſet ex tacita teſtantis voluntate rumpi teſtamentũ agnatione poſthumi prçteriti, qui tamen rumpit proculdubio, contra voluntatem ſiue de eo fuerit cogitatum ſiue non.Ob idque nimirum tametſi ſcienter præteritus ſit, tamen rumpit & quidem in totum,quod ſecus eſt in donatione cuius tempore donator cogitauerit de excludendis liberis quandocunque naſcituris.Sed de cõiectura illa pietatis de qua in *d.l.cùm auus,& d.l.cùm acutiſſimi*, dicẽdũ aliquid nobis eſt, quoniam ea quoque videtur mihi non modò ab interpretibus & pragmaticis,ſed ab ipſo etiam Iuſtiniano malè accepta.

ERROR DECIMVS.

De coniectura illa pietatis de qua in l.cum auus 102. De condic.& demonſtr.

SVMMARIA.

1 *Sententia interpp. de coniectura pietatis, de qua Papinianus in l.cùm auus 102.de condic.& dem.*

2 *Sententia d.l.& interpretum opinationis confutatio.& 4.*

3 *Reuocatur ſententia ab autore in coniecturis promulgata.*

1 HABENT † frequẽter in ore interpretes & pragmatici noſtri cõ-
iecturam illam pietatis de qua Papinianus in *l.cùm auus* 102.*de*
condic.& demonſtr. ſicque paſſim eã interpretantur,vt dicãt,non
eſſe veriſimile teſtatorẽ alienã ſobolẽ propriæ anteponere vo-
luiſſe.Sic enim & Iuſtinianus ipſe interpretatus eſt in *l. cùm a-*
cutiſſimi 30. C. *de fideic.* vbi perelegans illud Papiniani reſponſum refert , ac
2 quam maximè commẽdat.Quæ tamẽ interpretatio † quàm aliena ſit à Papi-
niani mente apparet ex eo quod in ſpecie de qua Papinianus reſpondit,nõ a-
liena ſoboles per fideicõmiſſum ſubſtituta fuerat , ſed filius ipſe teſtatoris v-
no gradu proximior quàm nepos qui grauatus erat, duobus verò gradibus

proximior pronepote, quem vult Papinianus in tacita conditione poſitum intelligi ad fideicõmiſſarium excludendũ. Itaque ſi nihil aliud præter ius & cõiunctionẽ ſanguinis Papinianus reſpexiſſet: ex eáq; cõiunctione pietatis cõiecturã æſtimaſſet, procul dubio pro filio primi gradus eodémq; per fideicõmiſſum expreſſim ſubſtituto cõtra pronepotẽ reſpõdiſſet. At vt pronepoti magis quàm filio in nepotis grauati portione fauendũ eſſe putauerit, ex eo factũ eſt, quòd impia videatur futura illa interpretatio per quam liberi à parentis inteſtati portione excludãtur vt ea portio alij ex fideicõmiſſo reſtituatur, ſiue teſtatori proximior ſiue ab eo remotior proponatur. Quẽadmodũ enim impius eſſe creditur pater qui ſine cauſſa hereditatẽ ſuã filio adimit vt aliũ ſibi eligat ſucceſſorem, ob eámque cauſſam dicimus teſtamẽtum eo caſu vel nullum eſſe & iniuſtum, vel per querelam inofficioſi teſtamẽti aliamue iuris viam reſcindendum, ita & impietati quodammodo fauere velle videatur is, qui heredis grauati liberis ereptam velit portionem patris quam alij reſtitui iuſſit. Proinde cõiectura pietatis æſtimãda nõ tam ex teſtatoris animo quàm ex officio patris erga liberos, facit vt potiùs credẽdus ſit teſtator heredẽ grauatũ non aliter cogendum hereditatem ex fideicõmiſſo reſtituere, quàm ſi ſine liberis moriatur, quaſi plus dixerit & minùs ſcripſerit. Quòd ſi ita eſt, cõſequens fiet nihil intereſſe an teſtator ſit ex aſcendentibus, an extraneus. Omni enim caſu eadem vrget cõiectura pietatis, ſi ea cõiectura ex patris grauati nõ etiã ex teſtatoris pietate & officio depromatur. Atque ita mihi aliquãdo videbatur, ſcripſique *lib. 7. Coniect. cap. 14.* Sed me nũc † in cõtrariã ſententiã illud vocat quòd video Papinianum in *d. l. cùm auus*, nõ ſine cauſſa de auo teſtatore loqui, nimirũ vt intelligamus nõ idẽ illum ſenſiſſe in extraneo: Cuius ſanè diſpar in eo ratio eſt quòd pietatẽ nullam debet heredis grauati liberis, quã procul dubio debet auus pronepoti. Non enim quòd habeat filium duplici gradu proximiorẽ, facere poteſt vt pronepoti ex alio filio nepotéque præmortuo, atque adeò cæteris in infinitum deſcendẽtibus omnibus cuiuſcunque gradus ſint, minore pietatis officio obſtrictus videri debeat, quod ad eam ſcilicet portionem quã filio ſuo eidémque pronepotis huius auo reliquiſſet, ſi teſtamenti tempore viuum habuiſſet. Habet enim habuítque ſemper locum ius repræſentationis in infinitum in deſcendentibus, etiam quod ad ius ſuccedẽdi *§. cùm filius inſtit. de heredit. quæ ab inteſtat. defer.* multo igitur magis quod ad ius & officiũ pietatis, quę nonnullis caſibus etiam poſt amiſſum ius ſuccedendi eadem manet, neque ex ſuccedendi iure vnquam æſtimatur, *l. nam etſi 17. D. de inoff. teſtam. l. ſcripto 7. vlt. D. vnd. liber.* Accedit † quod ita Papinianus loquitur, *quòd plus dictũ minus ſcriptum inueniatur*: quæ verba haud dubiè ad teſtatorem referuntur Ad eum igitur coniectura quoque illa referenda eſt qua Papinianus mouetur, & conſequenter in fideicommiſſo quod extraneus reliquerit, non ſimiliter intelligetur tacita illa conditio *ſi ſine liberis* quæ in aui teſtamento ſubintelligitur. Cæterùm numquàm facere poſſit, vt ex eo Papiniani reſponſo probetur quod aiunt interpretes, non eſſe veriſimile teſtatorem propriæ ſoboli alienam ſucceſſionem anteponere voluiſſe, vt Iuſtinianus loquitur in *d. l. cùm acutiſſimi.* Multóque minus aſſequeris vt Papinianus eorum ſententiam adiuuet qui putant filium ignoranter præteritum, ſiue ſuccedat ex teſtamento per *Auth. ex cauſſa C. de liber. præter.* ſiue ab inteſtato propter clauſulam codicillarem, ea legata non debere quæ teſtamento relicta extraneis fuerunt.

3

4

tract. conuen. in fi. Sic enim pignus cõtrahi neceſſe erat vt vel mãciparetur, aut
quod effectu idem erat, cederetur in iure creditori per debitorem ad tranſ-
ferendum dominium in creditorem, vel ſimpliciter conſtitueretur, id eſt i-
ta vt res quidem criditori obligaretur, ſed tamen proprietas maneret penes
debitorem. Prior ſpecies pignoris fiduciæ nomen ſumebat. Poſterior nomen
generis retinebat, vt ſimpliciter pignus diceretur. Cæterùm vterq; cõtractus
erat bonæ fidei, quia vterque erat pignoratitius, vt ex Iſidoro & Cicerone
in Officiis probat Iacob. Cuiacius ad Paulum ſupradicto t. 13. qui inſcriptus
eſt *de lege cõmiſſoria*, nec tamẽ ad eã legẽ commiſſoriã vlla ex parte pertinet,
quæ in venditionibus adhibebatur, ſed ad hanc dũtaxat quæ in pignoribus,
Illi non ſolùm † diſſimilem, ſed etiam penè contrariam, quia quę in venditio- 6
nibus adhibetur, eò ſpectat vt dominium quod emptori ex pura venditione
acquiſitum erit, eidem ſub conditione auferatur, ſcilicet ſi pecunia de qua
pretij nomine conuenit, intra dictam diem ſoluta non erit. Quæ verò in pi-
gnoribus adhiberi ſolita erat, potiùs eò pertinebat vt dominium per man-
cipationem, aut in iure ceſſionem acquiſitum creditori penes ipſum maneret
pleno iure in eũ caſum, quo pecunia de bita ſuo die ſoluta non fuiſſet. Quan-
quam ſi contrario euentu pecunia ſuo die ſoluta eſſet, faciebat pactio cõmiſ-
ſoria vt dominium pignoris debitori reſtitui oporteret. Per contrariã ſcili-
cet remãcipationẽ, qui ſanè præcipuus † fiduciæ effectus erat. Vt enim domi- 7
nium quod per mancipationem aut ceſſionem in iure creditori quæſitum eſ-
ſet, nunquã ab eo diſcedere poſſet, nulla pactione opus erat. Sufficiebat enim
ſemel tranſlatum fuiſſe à debitore in creditorẽ, vt perpetuò penes creditorẽ
remaneret, cùm ratio iuris non patiatur vt vel ad tempus dominium tranſ-
feratur, vel quod alicuius eſſe cœpit inuito ei auferatur, *l. ſi ego. 9. §. 1. D. de
iur. dot. & vulg. l. id quod noſtrum 11. de reg. iur.* At vt dominium quod per mã-
cipationem aut ceſſionẽ in iure amiſſum fuiſſet à debitore ad eum nihilomi-
nùs recurreret, pactio erat neceſſaria, nec pactio tantùm, ſed etiã remancipa-
tio aut retroceſſio in iure, quia non nudis pactionibus rerum dominia tranſ-
feruntur, *l. traditionibus 20. C. de pact.* adeóque nec nudis traditionibus, id eſt
quę iuſtam & legitimã cauſam nullam habeant, *l. nunquam nuda traditio 31. D.
de acquir. rer. dom.* Qualis proculdubio illa fuiſſet ſi creditor per mancipatio-
nem aut ceſſionẽ in iure pignoris dominus effectus, accepta poſtmodom à
debitore pecunia pignus ei reddidiſſet. Non. n. dominij transferendi cauſa iu-
ſta eſt illa ſi ex vna parte pecunia numeretur, ex alia verò res aliqua tradatur,
niſi ea numeratio, & viciſſim traditio fiat ex eo iure quod & legibus ſit co-
gnitum, & pro idoneo habitũ vt transferendi dominij cauſam prębere poſ-
ſit. Vnde illud etiã olim fiebat quod multò magis mirum eſt, nec niſi à paucis
animaduerſum, vt ſi † res à teſtatore per fideicõmiſſum relicta ab herede tra- 8
dita eſſet, adeóque ex cauſa illã fideicõmiſſi quantumuis vtiliter relicti, do-
minium tamẽ per eiuſmodi traditionem in fideicomiſſariũ transferri non
poſſet, *l. 3. D. ſi vſusfr. pet.* Nimirũ, quia cùm eſſet fideicõmiſſa iuri ciuili pror-
ſus incognita, nec niſi ex Prætoris fideicõmiſſarij iuriſdictione penderet, nõ
poterat cauſa illa fideicõmiſſi iuſta videri & legitima, nec proinde facere vt
dominium transferri poſſet per ſubſecutã traditionem quæ iuſtam & legiti-
mã cauſam non haberet. In propoſito igitur, id eſt contracta fiducia, pigno-
riſque proprietate per mancipationem aut ceſſionem in iure alienata; & in
creditorem tranſlata, non potuiſſet nuda pignoris retrotraditio dominium

debitori reddere,ſed mancipatio aut retroceſſio neceſſaria erat, quia nonniſi ſex erant iuſti modi transferendi olim iure Quiritium dominij, vt Vlpianus refert in Titulis, *tit.19. de adquiſ.rer.* Inter quos ſicuti iuſta traditio fuit,ita &
9 mancipatio,& ceſſio in iure.Ex quo apparet legem † illam commiſſoriam in pignoribus apponi ſolitam debitoris ſolius, non etiam creditoris fauorem reſpexiſſe,cùm nō aliam ob cauſam adhiberetur, quàm vt admiſſam proprietatem debitor recuperare aliq; ando poſſet, quaſi quam nec fuerat alienaturus, ſi non eius quandóque recuperandæ fiduciam contraxiſſet. Sed tamen dabat ea res fraudis doliq; materiā fœneratoribus, qui vt plurimùm pro ære
10 modico fiducias magni valoris accipiebant.Indéque tandem†factum eſt creſcente in dies legis commiſſoriæ aſperitate in pignoribus, vt infirmari eam omnémque in poſterum eius memoriam aboleri Conſtantinus Imp. voluerit in *l.vlt.C de pact.pign.* Quæ res fecit vt nullam huiuſmodi cōtractus mentionem aut in Digeſtis, aut in Codice nobis Iuſtinianus reliquerit. Extant tamen eius veſtigia quædam pleriſque locis quibus videas tractari de pignore ſic dato vt proprietas maneat penes debitorem: quemadmodum in *l. cùm & ſortis 35.§.vlt.D.de pignor.act.* *Pignus*,inquit Florētinus, *manēte proprietate debitoris ſolam poſſeſſionem transfert ad creditorem*, ad differentiam ſcilicet
11 fiduciæ†quæ non modo poſſeſſionem, ſed etiam proprietatem pignoris ad creditorem transferebat. Quæ cùm ita ſint apparet non ſolùm pragmaticos, ſed ipſos etiam interpretes quoties de pacto legis commiſſoriæ loquuntur,
12 in multis errare.In eo primùm†& abſurdiſſimè quòd *pactum legis cōmiſſoriæ* dicunt.Nam cum lex ipſa commiſſoria nihil aliud ſit,quàm pactum, vt diximus,perinde eſt ac ſi pactum pacti commiſſorij appellarent. Niſi fortè ine-
13 ptiore errore legem commiſſoriam ſic intelligunt quaſi † aliqua ſit ex legibus populi Romani,vt à Franciſco Hotomano traditum eſt. Legem enim hic cùm dicimus pactionem intelligimus, quam idcirco legem appellamus quia iuſtæ conuentionis cuiuſlibet ius hoc eſt, vt legem det contractui *l.1 §.ſi conuenit 6.D.depoſit.l.contract⁹ 23 D.de regul.iur. l. legem 10. C. de pact.* quam & formam vocat Vlpianus in *l.in conuentionalibus 52.D.de verb. oblig.*
14 Ergo legem † commiſſoriam dicere ſemper debemus, nunquam pactum legis cōmiſſoriæ,licèt non ignorem ita etiam dici ab Innocentio in *cap. ſignificante,Extr.de pign.* ſecuto videlicet interpretum errorem, vt aliis pleriſque locis à reſcriptorum Pontificiorum compoſitoribus factum eſt. De quo
15 dicemus *inf.Err.8.* Errāt etiam in eo noſtri,quòd legem†& pactionem iſtam commiſſoriam in pignoribus ita concipi ſolitam eſſe putant, vt ſi pecunia pro qua pignus obligatum eſt, intra certam diem non ſoluetur, dominium pignoris acquiratur creditori,iſque non vulgarium duntaxat,ſed politiorum quoque interpretum error eſt: cùm tamen appareat ex ſuperioribus legis commiſſoriæ poteſtatem non in eo elucere vt in caſum non ſolutæ pecuniæ acquiratur dominium creditori,ſed ex contrario potiùs in eo, vt dominium creditori iam acquiſitum per mancipationem reddat debitori, & quidē per remācipationem,in eum caſum quo debitor pecuniam creditori poſteà ſoluerit. Nuſquam enim reperias fieri per conuentionem potuiſſe, ne quidem ante tēpora Cōſtantini,vt in caſum vllum pignoris dominium acquireretur creditori,niſi mancipatio ſecuta,& fiducucia contracta eſſet,nempe quia non eſt pignoris titulus habilis ad inducendam do nin ij tranſlationem,etiam ſecuta traditione,quandoquidem qui ſimpliciter dat rem pignori, hoc tantum agit

agit vt eam obliget,non vt alienet. Mancipatio † plus quàm traditio eſt.In- 16
ducit enim ſemper tranſlationem & alienationem dominij, vnde & nomen
habet. Nam & inde differentia illa eſt rerum mancipi,& nec mancipi apud
Vlpianum in Titulis. At traditio omnis alienatio quidem eſt, at non ſem-
per dominij,ſed interdum etiam ſolius poſſeſſionis. Porrò facta † mancipa- 17
tione ſuperuacua eſt pactio quæ adhibeatur fauore creditoris, cui iam plus
quàm ſatis per mancipationem proſpectum eſt, ſed proſpicere debitor ſibi
debet vt quandocunque pecuniâ ſolutâ rem ſuam recuperare poſſit, reme-
dium verò in eam rem aliud nullum eſt, quàm vt ab initio nonniſi contra-
ctâ fiduciâ mancipet: quod cùm fit, tùm verò commiſſoria lex adhibetur.
Atque hinc quoque alius † & is tertius noſtrorum error eſt, quod legem 18
commiſſoriam odioſam eſſe aiunt,quaſi quæ ſupra modum faueat creditori-
bus, cuius tamen nullus niſi contra creditores vſus eſt in fauorem debito-
rum. Dicere potiùs debuerunt ideò abolitam à Conſtantino † legis com- 19
miſſoriæ in pignoribus memoriam,quòd non alio caſu poſſet vſui eſſe,quàm
quo fiducia contracta proponeretur, nec rurſus fiducia contrahi, niſi eo de-
mum caſu quo pignoris mancipatio & conſequenter alienatio facta eſſet:
qui pignoris dandi modus ſanè odioſus eſſe cœpit, ex quo fœneratores hanc
opprimendorum debitorum rationem optimam crediderunt, accipientes
pro ære modico fiducias magni valoris,vt ſuprà diximus. Itaque non fidu-
ciæ contractæ,id eſt,legis commiſſoriæ odium vllum fuit,ſed mancipationis,
quæ tamen ſicut non fiebat niſi contracta per legis commiſſoriæ adiectio-
nem fiducia, ideóque non mancipationis quod erat generale nomen,ſed fi-
duciæ contractus dicebatur, ita nec potuit in futurum prohiberi quin reli-
qua etiam pars contractus quantumlibet fauorabilis debitori prohiberetur.
Iſque proculdubio ſenſus eſt Conſtantinianæ legis in verbis illis, *creſcente
legis commiſſoriæ aſperitate*. Non enim de aſperitate intelligit, quæ fuerit
in formula & vſu legis commiſſoriæ, ſed de ea quam creditores exercebant
in huiuſmodi mancipationibus pignorum ineundis, quæ non niſi prætextu
contractæ fiduciæ tolerebantur. Illud ſanè verum eſt odio creditorum fa-
ctum eſſe vt legis commiſſoriæ vſus ſit antiquatus in pignoribus. Propterea
quòd ſublata fiducia,pignoris mācipatio nulla fieri poſſit, cùm ſi qua fiat,pi-
gnus eſſe deſinat quod ſic alienatur,vt eius redhibendi nulla ſpes ſuperſit. Et
vero nihil erat creditori facilius ad pelliciendum debitorem, vt rem ma-
gni pretij pro exiguo debito māciparet, quàm obiecto fiduciæ remedio,quo
deceptus debitor facilè ſibi perſuaderet parum ſua intereſſe, pluriſne an mi-
noris pignus eſſet,quippe quod tātò faciliùs redhibitum iri ſperaret, quantò
minor foret pecuniæ quantitas pro qua pignus datum fuiſſet. Quomodo e-
tiamnum vſuuenire ſolet cùm quid venditur ſub pacto de retrouendendo.
Eſt enim hæc † conuentio non valdè diſſimilis legi commiſſoriæ, quæ in 20
pignoribus adhibebatur,licèt differat in multis,vt ex ſequentibus intel-
ligetur. Sed priuſquam ad alia veniamus, addendi ſunt & refel-
lendi quamplures alij pragmaticorum & interpretum
errores circa hunc tractatum De pacto,vt
ipſi loquuntur,legis com-
miſſoriæ.

* * *

Digitized by Google

ERROR SECVNDVS.

De lege commiſſoria in pignore ex interuallo adiecta.

SVMMARIA.

1 *Placet pragmaticis & interpretibus legem cõmiſſoriam in pignoribus tum demum valere ſi ex interuallo pactum initum ſit: & qua eius placiti ratio.*

2 *Expenditur ratio pragmaticorum.*

3 *Quomodo concipienda eſſet quæſtio ſuppoſita vera de legis commiſſoriæ naturâ ſententia.*

4 *Ex l. ſi fundus. 16. §. vlt. D. de pignorib. colligi olim non valuiſſe pactionem quâ pignus in caſum pecunia ſua die non ſoluta creditori pro debiti quantitate emptum intelligeretur.*

5 *Cur pactio de qua nu. 4. inutilis eſſet. & nu. 7.*

6 *Diſcrimen inter pignoris dationẽ & venditionem.*

8 *Caſus quo & contractum pignus & venditio conditionalis facta eſſe exiſtimatur: & num. 10.*

9 *Si ſic datum ſit pignus, vt ſi 100. quæ debentur ſuo die ſoluta non erunt, creditori emptum illud ſit pretio 200. an valeat conuentio iure conditionalis venditionis.*

11 *Pignus non poteſt ſic contrahi, vt venditio ſimul contracta eſſe intelligatur.*

12 *Si ex interuallo poſteaquam conuenit de pignore, paciſcantur creditor & debitor, vt non ſoluta ſua die pecunia pignus obligatum pro 100. aureis emptum ſit creditori pro 200. valet conuentio.*

13 *Non valet pactio vt ſi debitum ſua die ſolutum non erit, emptum ſit creditori pro ea quantitate qua debetur, ne quidem ſi ex interuallo fiat pactio.*

14 *Vera ſententia l. Titius. 34. D. de pignor. act.*

15 *Bartolum abuti l. Calippo 45. D. de ſolut. ad pragmaticorum errorem ſtabiliendum.*

ET ſi legem commiſſoriã in pignoribus odioſam & conſequenter improbatam eſſe pragmatici poſt interpretes volunt, tamen
1 admittunt aliquos caſus eſſe in quibus ea conuentio valere poſſit. Inter quos † vnus ille eſt, ſi fiat ex interuallo poſt contractum pignus. Sic enim exiſtimant minùs odioſum ſuſpectúmve eſſe creditorem, qui iam poſt iã acquiſitũ ſibi ius pignoris paciſcitur cũ debitore, vt ſi pecunia debita intra certũ tẽpus nõ ſoluetur res eo pretio empta ſit, quia ſcilicet non tam faciles eſſe debitores ſoleant ad indulgendum creditori quicquid is vo-
2 luerit, vbi iam ſub pignore pecuniã acceperunt. Quæ ratio † ſi recta eſt, parũ, meo iudicio refert, an in continenti cùm pignus acceptũ eſt, an longo poſteà interuallo lex cõmiſſoria adhibita ſit. Sed illa potiùs diſtinctio probanda eſt, An de pignore tunc conuenerit, cùm pecunia debitori numerata fuit, an ex poſtfacto. Nam cùm pignus quandocunque dari poſſit poſt contractã ſortis obligationẽ, nec vt in continẽti detur neceſſe ſit, nõ magis verendum eſt ne inopem debitorẽ ad iniquas conuentiones inuitũ adigat creditor qui ex interuallo poſt numeratam pecuniam ſic paciſcitur de pignore, vt legem commiſſoriã incontinenti adhibeat, quàm ſi numerationis tẽpore pignoris conuentio interpoſita, deinde ex interuallo lex cõmiſſoria ſubiecta fuiſſet. Sola enim conquirendę pecuniæ neceſſitas, & corradendæ auiditas illa eſt quæ efficit vt nihil non largiturus ſit debitor creditori, quãtumuis iniqua pactio ſit quam extorquere à debitore creditor velit. Illud autem obſeruari volumus, nos cùm de cõmiſſoria lege hîc tractamus, legẽ eam ſic interpretari, quomodo ab interpretibus & pragmaticis vulgò accipi poſteà monuimus, cùm pignus datur aut retinetur ea lege vt ſi intra certũ diem pecunia non ſoluetur,
3 maneat pro debito emptũ creditori. Alioqui † ſecundùm eam ſententiam quæ

magis

magis à nobis probata eſt, non de lege cõmiſſoria ex interuallo adiecta quærendũ eſſet, ſed ſic potiùs concipienda quæſtio, An valeret conuentio de pignore ita conſtituto vt ob nõ factam ſua die ſolutionẽ creditori emptũ eſſet, ſiue in continenti ſiue ex interuallo poſt datũ pignus ea conuentio facta proponeretur: quæ cõuentio prorſus aliena eſt à formula legis commiſſoriæ, quã in emptionibus & venditionibus primùm vſurpatam, deinde ad cauſam pignoris fiduciarij tranſlatã fuiſſe certũ eſt, & conſequenter non diſſimilẽ verborũ conceptionem hoc & illo caſu habuiſſe. Iã autẽ monuimus. In emptione & venditione ſic cõcipi legem cõmiſſoriã, vt ſi ad dictã diem pretium nõ ſoluetur, fundus ſit inemptus, *l.1.2.3.& paſſ. D. de leg. commiſſ.* Cur ergo ſic eã ex contrario in pignore concipiamus, vt ſi pecunia ad diẽ nõ ſoluetur res obligata ſit empta: Imò verò tũ cum lex cõmiſſoria in pignore adhibita intelligetur, cùm cõuenerit vt res nõ tãtũ obligata, ſed etiam mãcipata & alienata remancipetur debitori, & ad eũ redeat ſi ad diẽ pecunia ſoluetur. Proinde ſublato vſu mãcipationis illius fiduciariæ, vt proximo capite dicebamus, nihil amplius eſt quod de lege cõmiſſoria in pignoribus tractari poſſit, ſiue incontinẽti, ſiue ex interuallo ea pactio adiecta ſit de qua diſputamus. Sed vt cum pragmaticis & interpretibus certare liceat, loquamur obſecro eorum verbis, & quæramus, an valeat eiuſmodi cõuentio quã illi legẽ commiſſoriã appellant. Priùs autẽ de illo videamus, an valeat ſi incontinenti facta ſit, mox inueſtigaturi quid ſi ex interuallo. Et quidẽ extat † elegans nec obſcura Marciani ſententia in *l ſi fundus 16.§.vlt. D. de pign.* Poſſe ita fieri pignoris hypothecæve donationẽ, vt ſi intra certũ tẽpus non ſit ſoluta pecunia, iure emptoris poſſideat creditor rẽ iuſto pretio tũc æſtimandã: Eo nãq; caſu videri quodãmodo cõditionalẽ eſſe venditionẽ, & ita Diuos Seuerũ & Antoninum reſcripſiſſe. Quibus verbis non obſcurè innuit Marcianus, iã olim ita ius fuiſſe, vt non valeret ea pactio quã pignus in caſum pecuniæ ſua die non ſolutæ creditori pro ipſius debiti quantitate emptũ intelligeretur. Alioqui quid attinebat de ea conuentione tractare, quæ & iuſti pretij mẽtionem adderet, & illam iuſti pretij definitionem in id tempus conferret, quo ſolui pecunia debuiſſet? An verò † pactionẽ iſtam omni tẽpore idcirco inutilẽ fuiſſe dicemus, quòd cõtineat legẽ cõmiſſoriã, vt vulgò creditũ eſt? Minimè verò. Nã Marciani temporibus nondum antiquata erat lex commiſſoria pignorib. quam primus antiquauit Cõſtantinus, qui multis poſt Seueri & Antonini ætatem ſæculis imperauit. Sed veteris huiuſmodi iuris ratio illa fuit, quòd fieri non potuerit vt in eundẽ caſum idẽmque tẽpus & pignus contractũ, & venditio pignoris facta videretur. Sunt.n. cõtractus iſti diſparati, &, vt loquuntur, incõpatibiles, quoniã qui pignus † dat ſimpliciter, id eſt, neque mancipatione interueniente, neque fiducia, id omnimodo agit vt rei proprietatẽ ſibi retineat, ſolam verò poſſeſſionẽ transferat in creditorem, *l. cùm & ſortis 35.§.vlt. D. de pign. act.* Qui verò vendit licèt ad hoc præciſè non ſit obligatus vt rei vẽditæ dominiũ transferat in emptorẽ, ſed tantùm vt rẽ tradat (finge.n. alienã rẽ eſſe venditã cuius proinde dominiũ à non domino transferri nequeat, nõ eo minùs vẽditio valebit, *l. rẽ alienã.28. de contr. empt. l. ex empto 11. & paſſ. D. de pact. empt.*) id tamen omnino agere cogitur vt quicquid iuris habet trãſferat in emptorem. Ergo & dominiũ, ſi dominus ipſe proponatur, *d. l. ex empto.§.1.l. ſi quis alienã.46. eod.* Atqui pignus in eũ præcipuè caſum datur, quo ſoluta creditori ſua die non erit pecunia. Caſus.n. ille eſt in quẽ ſibi cautum

4 — beside "Et quidẽ extat † elegans nec obſcura Mar-"
5 — beside "debuiſſet? An verò † pactionẽ ... dicemus"
6 — beside "incõpatibiles, quoniã qui pignus † dat ... mancipatione"

Digitized by Google

& proſpectum vult creditor, qui pignus accipit, licet ſtatim atq; conuenit de
pignore, & priùs etiã quàm ſolutionis dies venerit, pignus cõtractum intel-
7 ligatur. Conſequẽs† igitur eſt, vt in eũ ipſum caſum eiuſdẽ pignoris venditio
cõtrahi non poſſit, quod tamẽ eueniret, ſi pignus ſic dari poſſet vt in caſum
pecuniæ ſua die non ſolutæ creditori emptũ eſſet, debitíq; quãtitas cederet in
pretij locum. Ita.n.fieret vt eadem pecuniæ quantitas, & pignoris cauſam in-
duceret, & faceret pretiũ emptionis, quòd ſanè fieri non magis poteſt, quàm
vt pignus quodlibet emptionis nomine iuréq; cẽſeatur. Nõ idem eſt ſi con-
8 uenerit,† vt ob non ſolutá ſua die pecuniam retineat creditor iure emptoris
rem obligatam tunc iuſto pretio æſtimandam. Aiecta.n. iuſti pretij mentio
facit vt appareat, id actum eſſe inter debitorem & creditorem, vt pecunia de-
bita pretij loco non eſſet, quæ nec ſanè iuſtum pretiũ efficere vnquã poteſt,
cùm vix ſit vt non multò pluris ſit pignus, quàm quod debetur. Proinde nihil
obſtat quominùs & contractum pignus, & venditio conditionalis facta eſſe
exiſtimetur. Conditionalis, inquam, non tam ob eam pactionis conditionem
ſi pecunia debita ſuo die ſoluta non erit (eſt. n. illa naturalis tacitáque pignoris
non venditionis conditio, *l. grege.* 13. *§. etiam.* D. *de pign.* quàm ob collatam
in alienum arbitrium pretij taxationẽ, *l. hac venditio.* 7. D. *de contr. empt. l. vlt.*
9 C. *eo.* Itaque, pone ſic datum† eſſe pignus, vt ſi centum quæ debentur ſuo die
ſoluta non erunt, creditori emptũ illud ſit pretio ducentorum, An dicemus
valere conuentionem iure conditionalis venditionis? Vtique.n. nemo dixe-
rit purè contractam venditionem ab eo qui de pignore purè contrahendo
cogitauit. Et non puto poſſe defendi tanquam venditionẽ, ne quidem cõdi-
tionalem: quia ſeipſam deſtruit conuentio quæ eodem tempore & pignus fa-
cit & venditionem. Nec quod venditio in certum dũtaxat caſum fiat, ad rem
pertinet. Idem.n. ille caſus eſt in quem tota pignoris vtilitas confertur, cùm
neque poſſit vtile videri pignus quod diſtrahi nequit, *l. ſi conuenit.* 4. *& ſeqq.*
D. *de pign. act.* neque priùs ad pignoris diſtractionem perueniri quàm dies
præterierit, intra quam ſolui omnino debuit, *l. cùm ſoluenda* 4. D. *de diſtract.*
10 *pign.* Quod diuerſum eſt, cùm pretij† conuentio in id tempus dilata fuit, quo
pignus ob non ſolutã ſua die pecuniã à creditore diſtrahi iure creditoris etiã
citra conuentionem poſſet. Nõ.n. eo caſu poteſt videri eodem tempore con-
tracta venditio quo & pignus, quandoquidẽ ante pretij conuentionem nulla
emptio cõtracta videri poteſt, at nẽ quidẽ obligatio vlla ex qua poſſit agi vt
conditionalis venditionis cõditio impleatur, *l. cùm ab eo* 41. *D. de contr. emp.*
At neque debitoris quicquã intereſt vtrũ poſt diem ſolutioni dictam pignus
in eo ſit, vt boni viri arbitrio æſtimandũ ſit iuſto pretio ad perficiendã con-
ditionalẽ venditionem, An in eo vt poſſit illud creditor proprio iure diſtra-
here, núlla quoq; precedẽte de diſtrahendo conuentione. Neq; tamen cõſe-
quens fiet, vt inutilis ob eã cauſam videri debeat pignoris conuentio quaſi
ſola conditionali venditione facta. Nam cùm priuſquã de pretio conuenerit
nulla dum emptio eſſe intelligatur, vt diximus, pignus interea eſſe & manere
neceſſe eſt: cuius commodũ & vtilitas in hoc verſabitur, vt retineri interim
poſſit adeóq; etiamſi pecunia debita, dummodò nõ niſi poſt diẽ, offeratur,
nimirũ vt cogatur debitor conuẽtioni ſatisfacere, & venditionis conditio-
nem implere, ad quod alioquin cogi non potuiſſet. *d. l. cùm ab eo.* Quidni ve-
rò ad cõditionalis venditionis conuentionem implẽdam pign⁹ retineri po-
terit, quod etiam ob chirographariam pecuniam quamlibet retineri poſſet?
Denique

Digitized by Google

Denique non poteſt pignus † ſic contrahi, vt venditio vlla ſiue pura ſiue 11
conditionalis ſimul contracta eſſe intelligatur, ſi iam tum cùm pignus dabatur de pretio conuenerit: quoniam pignus & venditio, vt diximus, ſe inuicem non compatiuntur. Dilata verò in aliud tempus conuentione pretij nihil vetat, pignus ita contrahi vt ex eo tempore obligetur debitor ad vendendum pignus ſub ea conditione, ſi vir bonus, aut quod ferè idem eſt, ſi viri boni arbitrio contrahentes pignus æſtimauerint. Qua etiam ratione admittam non illibenter, ſi ex interuallo † poſteaquam conuenit de pignore, paci- 12
ſcantur debitor & creditor vt non ſoluta ſua die pecunia pignus obligatum pro centum aureis emptum ſit creditori pro ducentis, valere conuentionem & ex eo iam tempore contractam intelligi vẽditionem conditionalem, quia licèt pignus ſic dari non poſſit vt perfecta conditionalis venditio ſimul contrahatur, rem tamen ipſam quæ iam obligata eſt nihil vetat vendi ſiue purè, ſiue ſub conditione, nec minùs creditori quàm alij cuilibet: cum creditor hoc caſu non tanquam creditor contraxiſſe intelligatur, ſed tanquam quilibet alius. Neque verò id Marcianus negat in *d.l.ſi fundus 16.§.vlt.D.de pign.* Tractat enim caſum illum quo pignus ſic datũ ſit, vt de ipſius quoque venditione ſimul actum fuerit. In quem demum, vt diximus, caſum illa cadit diſtinctio, an de pignoratæ rei pretio ſimul & ſemel cõueniat néc ne, vt priore caſu non valeat pactio, valeat poſteriore. Etſi namque fatendum eſt vtramque cõditionalem eſſe venditionem ſiue in id tempus quo ſoluta eſſe debuit pecunia, æſtimatio conferatur, ſiue ab initio pignus æſtimetur vt emptũ maneat illo dũtaxat caſu ſi pecunia debita ſuo die ſoluta non erit, hoc tamen intereſt, quòd cum ab initio conuenit de pretio pignoris, emptio iam tũ contracta, factáque intelligitur, licèt non omnino perfecta propter adiectam conditionem: cùm verò in aliud tempus collata pretij conuentio eſt, nulla prorſus emptio facta intelligi poteſt ne quidem ſub conditione, ſi quidem venditio tota ex pretij conuentione æſtimatur. In eo quoque intereſt, quòd cùm ab initio de pignoris pretio cõuenit, id certè agitur vt creditor pignoratitius, quatenùs non ſolùm creditor, ſed etiam pignoratitius eſt, eodem inſtanti fiat emptor licèt ſub conditione, quòd non magis fieri poteſt quàm vt purè; quandoquidem conuentiones omnes etiam conditionales ex præſenti tempore vires accipiunt, ita vt ſi quærant, an valere poſſint néc ne, non aliud tempus ſpectandum ſit quàm quo initæ fuerunt. *l.ſi filius familias 76.D.de ver.oblig.l.vlt.D.de ſtipul.ſeruor.* Cùm verò pretij conuentio fit ex interuallo, ſiue ob pactionem quę in ipſa pignoris datione interuenerit, ſiue ex poſtfacto quoque conuenerit de vendendo, non id agitur vt creditor fiat emptor tanquam creditor, ſed tanquam alius quilibet: in eo autem ipſius duriorem quam alterius cuiuſlibet conditionem eſſe vt non poſſit emere à volente debitore eam rem quam ipſo etiam inuito alij diſtrahere quandoque poſſit, durum certè ac inciuile eſſet. *l.reſcriptum.12.D.de diſtract.pignor.* An ergo ſimiliter admittemus, quod interpretes & pragmatici volunt, valere † pactio- 13
nem iſtam vt ſi debitum ſua die ſolutum non erit, emptum ſit creditori pro ea quantitate quæ debetur, dummodo fiat pactio ex interuallo? minimè. Obſtat enim eadem ratio, quæ obſtaret ſi incontinẽti talis pactio adhibita proponeretur. Illa nimirum quam diximus, quòd fieri nequeat vt eiuſdem conuentionis poteſtate, eadem pecuniæ quantitas, & contrahendo pignori & ineundæ venditioni ſubſeruiat, id eſt, vt creditor pignoratitius, quatenus

creditor pignoratitius ſimul & ſemel fiat emptor ſiue purè, ſiue ſub condi-
tione. Atqui quòd huiuſmodi pactio ex interuallo poſt contractum pi-
gnus adhibita ſit, non facit quominùs idem & creditor, & emptor fieri ſi-
mul velit, quãdiu id agitur vt eadem pecuniæ quantitas pro qua pignus da-
tum eſt, manente ſemper pignore, in pretium quoque cedat. Illud ergo ad
conditionalem venditionem vtiliter contrahendam omnino neceſſe eſt, vt
& ex interuallo, & mutata pretij quantitate fiat ea pactio, aut, quod non val-
dè diſſimile eſt, vt ſi incontinenti fiat, conferatur tamen ipſa conuentio pre-
tij in aliud tempus, tametſi nihil prohibeat ex alio tempore pretium tale
conſtitui quòd non excedat debitam quantitatem. Sufficit enim non ex præ-
cedentis conuentionis poteſtate id fieri, ſed vel qua alia ratione, vel caſu.
Iſq; meo iudicio Marciani ſenſus eſt in *d. §. vlt. ſi fundus.* Nec pramgaticos, &
14 interpretes iuuare poteſt quod Marcellus † tractat in *l. Titius* 34. *D. de pign.
act.* valere pactum inter debitorem & creditorem initum, quo conuenit vt
fundum certo precio emptum habeat creditor, qui alioquin ob non ſolutam
ſua die pecuniam diſtrahere pignus poſſet. Non enim de caſuali, aut quod
hac parte idem eſt, condicionali pignoris venditione lex illa eſt, ſed
de pura datione in ſolutum aut venditione tunc facta cum iam in ſoluendo
moram debitor contraxerat. Quæ ſpecies longè differt ab illa, de qua diſpu-
tamus. Nemo ſiquidem negauit vnquam valere conuentionem ſi pro debito,
purè vendatur res, quæ antea obligata tantùm erat *d. l. reſcriptum.* 12. *D. de
diſt. pign. l. cùm dominam.* 13. *C. de pignor. l. in numerationibus.* 44. *D. de ſolut.*
Nos verò illud negamus, valere conuentionem licèt ex interuallo factam,
qua id agatur vt in eum caſum quo pecunia ſuo die ſoluta non erit pignus
certo pretio iam tum conuento emptum ſit creditori. Bart. autem etſi ho-
rum caſuum diuerſitatem & diſtinctionem non obſeruauit, fatetur tamen
hoc quod interpretibus placet, valere pactum, vt loquuntur, legis com-
miſſoriæ quoties ex interuallo adiectum eſt, hactenus verum eſſe vt vti-
15 le ſit ad excipiendum, non etiam ad agendum. Motus nimirum † ex
eo quòd Vlpianus Calippo reſpondit *l. Calippo* 45. *alias l. quamuis.* D. *eod.
titul. de ſolut.* Quanuis ſtipulanti vxori vir ſpoponderit, dirempto ma-
trimonio prædia quæ doti erant obligata in ſolutum dare, tamẽ ſatis eſſe of-
ferri dotis quantitatem. Qui tamen locus ſi verum amamus, quàmaximè a-
lienus eſt à propoſita diſputatione. Nec. n. ad pignoris vẽditionẽ aut dationẽ
in ſolutum pertinet, ſed tantũ ad promiſſionẽ de dãdo in ſolutũ, quæ ab ipſa
datione multũ diſtat, ſicut & longè aliud eſt ſi quis vendat aut donet. Aliud
verò ſi promittat ſe venditurum aut donaturum, quemadmodũ idẽ Bart. tra-
ctat *ad l. vlt. D. de condict. cauſ. dat.* Quanquam & illud multò facilius eſt, vt
ex promiſſione de vendendo obligetur quis ad vendendum, quàm vt ex pro-
miſſione de dando in ſolutum dare poſteà teneatur. Habet enim omnis eiuſ-
modi promiſſio De in ſolutum dando, tacitam conditionem neceſſariam &
inſeparabilem, ſi debitum manebit, quæ conditio deficit oblata quandocun-
que ea pecuniæ quantitate quæ debetur. Adeò enim non valet datio in ſo-
lutum ſi nihil debeatur, vt etſi per errorem facta ſit pro maiori quantitate
quàm quæ re vera deberetur, nulla ex parte valeat, ne quidem ad inducendã
pro eo quod re vera debetur liberationem, *l. ſi non fortem* 26. *§. ſi centum. ubi
& Bart. tractat. D. de condict. indeb.*

ERROR

ERROR TERTIVS.

De lege commiſſoria in pignore adiecta ad dationem in ſolutum ineundam.

SVMMARIA.

1. *Non valet pactio vt ob non ſolutam ſua die pecuniam pignus in ſolutum datum intelligatur*
2. *Quo caſu valet datio pignoris ſic facta vt conditionalis quoque venditio ſimul contracta videretur, an eodem valitura ſit datio in ſolutum.*
3. *Sententia pragmaticorum affirmans.*
4. *Autoris ſententia negans & eius confirmatio.*
5. *Quæſtio & eius deciſio.*

IN eo ſanè cũ interpretibus ſentio, quod aiunt, non magis† va- 1
lere pactionem vt ob nõ ſolutam ſua die pecuniam pignus in ſolutum datum, quàm vt pro debiti quantitate venditum intelligatur, quoniam datio in ſolutum venditioni ſimillima eſt, eodemque ferè in omnibus iure cenſetur. Præſertim cùm vtrique commune illud ſit, vt ſiue pignus vendatur, ſiue in ſolutum detur, non tantùm debiti, ſed, quod omnino conſequens eſt, etiam pignoris obligatio tollatur, *l. ſi non ſortem 26.§ ſi centum. de cond. indeb. l in numerationibus 44. de ſolut.* Inde namque fit, vt non magis pignus cum datione in ſolutum concurrere poſſit quàm cum venditione. An ergo ſimiliter dicemus, quo † caſu vale- 2
ret datio pignoris ſic facta vt conditionalis quoque venditio ſimul contracta videretur quemadmodũ in ſpecie *d. l. ſi fundus 16. §. vlt. de pignor.* eodẽ caſu valituram in ſolutũ dationem? Ita pragmatici † putant, nullã prorſus hac par- 3
te differentiã agnoſcentes inter vẽditionem & dationem in ſolutum. Sed nos negamus, † quoniam in venditione illud vtilem facit pactionem, quòd pretij 4
conuentio in aliud tempus confertur, ita vt neque venditio pignus impediat, neque à pignore impediatur. At in datione in ſolutum nihil eſt quod in aliud tempus cõferri poſſit, quoniam in ea pretium nullum interuenit. Aut ſi quod interuenire intelligitur vt vẽditioni ſimilis videri poſſit, aliud eſſe id nõ poteſt quàm idipſum quod debetur: Alioqui ſi addas quid vel minimũ aut detrahas, verã venditionẽ efficies, non dationẽ in ſolutum, eſſetq; hoc caſu datio in ſolutũ perſimilis vẽditioni cõditionali ſic initæ vt ab initio tamẽ de pretio cõueniſſet, quã nos ſuprà negauimus valere, tùm etiam cũ alia pretij quàm debiti ratio in quantitate cõſtituta eſt. Quãto minus igitur valebit datio in ſolutum, quæ, vt diximus, nõ niſi pro ea ipſa quantitate quæ debetur, fieri poteſt? Dices fortaſſe, Rationi huic conſequens potius videri vt pactũ, quod vocãt, legis cõmiſſoriæ in datione in ſolutum non improbetur, quandoquidẽ eadẽ pecuniæ quantitas & pignori ſubſeruit, & dationi in ſolutũ, quod in vẽditione diximus eſſe diuerſum. Reſpõdeo non eſſe rectam conſecutionẽ, quia licèt ea ipſa quãtitas quæ debetur, & pro qua pignus datũ fuit, conueniat dationi in ſolutũ, nihilominus tamẽ pignus & datio in ſolutũ ſe inuicẽ cõpatiũtur, imò tantò minus, quantò facilius eſt vt pignoris datio euadat in dationem in ſolutũ quàm in venditionem, cùm & ſolo etiam conſenſu perficiatur, præſertim poſſeſſione pignoris quod in ſolutum datur, penes creditorem iam conſtituta: nec vllam requirat pretij conuentionem. Nam ſtatim atque datio in ſolutum perfecta eſt, nemo dixerit ſupereſſe obligationem debiti quod vtique pro iam

ſoluto habetur *d.§.ſi centum.* Et quamuis eadem ſit quantitas pro qua & pignus datur, & in ſolutum datio fit, alio tamen iure cenſetur quod ad cauſam pignoris attinet, alio quod ad dationem in ſolutum. Siquidem in pignore ſpectatur tanquam debita, in datione verò in ſolutum tanquam quæ deberi deſinat, ſunt autem iſta prorſus contradictoria, vt eadem pecuniæ quantitas quaſi debita, & quaſi indebita conſideretur in eadem pactione. Idémque eſt ſiue in ipſa pignoris datione, ſiue ex interuallo conueniat de datione in ſolutum: ſe-
5 cundùm ea quæ nos in ſuperioribus de venditione diſputauimus. At quid † ſi crediderim tibi centum, & priuſquàm de pignore vllo inter nos cõueniret, id egerimus, vt ſi pecuniam ſua die nõ ſolueres, fundus Titianus mihi eo pretio emptus eſſet? Conditionalis emptio contracta videbitur, & ideò valebit, ſicut & datio in ſolutum ſi qua eodẽ modo facta proponatur *arg.l.vlt.D. de contr.empt.* Nec ad rem pertinebit quod poſteà & in eodem ferè inſtrumento conueniat de pignore ad contractum, vt fit, confirmandum. Alia namque ratio eſt pignoris, quod pro debito datur, alia eius quod ad venditionis ſiue puræ ſiue conditionalis contractum confirmandum adhibetur. Illud cum venditione aut donatione in ſolutum ſimul ſtare vt diximus non poteſt: Hoc poteſt & quidem commodiſſimè, tanquam acceſſorium, eaſdem, ſcilicet, quas ipſa venditio admittens conditiones. Ita fit vt ordo ſcripturæ ſpectandus ſit vt aliàs plerunque euenit, quoties nimirum inducit diuerſitatem iuris & voluntatis, *l.heredes mei 57.§.vlt.D.ad S.C.Trebell.l.quoties 34.D.de vſuf.l.generaliter 24.§.quid ergo ſi plures de fideic.libert.* Atque ita Senatum noſtrum, cùm ex facto quæſtio incidiſſet, nonnullis licèt reluctantibus, aliquando pronuntiaſſe ſcio.

ERROR QVARTVS.

De lege commiſſoria concepta per clauſulam, Ex nunc prout ex tunc & contrà, *in pignore.*

SVMMARIA.

1. *Pactum legis commiſſoriæ in pignoribus valet ex ſententia pragmaticorum, ſi ſit adiecta clauſula,* ex nunc prout ex tunc, & contrà.
2. *D. ſententiæ refutatio: & quæ ſit vis dictæ clauſulæ. & ſeqq.*
3. *Particula illa* tunc *extremi temporis tempus ſignificat.*
4. *In quibus artibus d. clauſula vſurpari ſoleat.*
5. *Diſcrimen inter conditiones merè caſuales, mixtas, & poteſtatiuas.*

QVOD interpretibus & pragmaticis noſtris placet pactum, vt loquuntur, legis commiſſoriæ in pignoribus quoque valere ſi ex interuallo initum proponatur, facit vt non dubitent quin
1 valeat, † tum etiã cùm ab initio interponitur, ſi modò adiecta ſit vulgatis illa clauſula, notariis noſtris frequẽtiſſima *ex nunc prout ex tũc, & cõtrà.* Sic enim exiſtimãt, clauſulæ huius vim illã eſſe, vt ſufficiat vtrouis tẽpore fieri, quod ita fit vno tẽpore, vt in aliud tẽpus conferatur, dummodo alterutro fieri poſſit. Ego verò ſicuti non dubito, quin pactum huiuſmodi ſit fueritque ſemper inutile in pignoribus, ſiue incontinenti adhibitum ſiue ex interuallo, vt in ſuperioribus diſputatum eſt, ita nec hanc

1 hanc † clauſulam *ex nunc prout ex tunc* facere poſſe arbitror, vt ea pactio defendatur, quæ neque nunc, neque tunc fieri poſſit. Plus puto, nec quicquam operari poſſe, imò nocere potiùs illo etiam caſu quo alioqui valitura pactio eſſet, collata in aliud tempus pretij conuentione. Vt puta ſi conuenerit in dãdo pignore, vt ob non ſolutam ſua die pecuniam poſſit creditor ſibi retinere emptoris iure rem obligatam iuſto pretio ex nunc prout ex tunc, & ex tunc prout ex nunc æſtimandam. Nego enim valere pactionem, quæ tamen vulgari illa clauſula non adiecta, proculdubio valeret, ſi Marciano credimus *in l. ſi fundus 16. §. vlt. De pignor.* vbi quod ait *iuſto pretio tunc æſtimandam* oſtendit ſatis, non aliter poſſe defendi eiuſmodi conuentionem, quàm ſi æſtimatio illa iuſto pretio facienda, non in eum duntaxat caſum, quo pecunia ſuo die ſoluta non erit, ſed in id etiam tempus expreſſim conferatur. Tritum enim eſt, articulo illo *tunc* † extremi temporis tempus ſignificari, vt Pomponius ait *in l. ſi his legatum 4. in fin. De condic. & demonſtr.* Cùm verò eius articuli adiectio idcirco neceſſaria ſit, quòd alioqui conuentio implicatura eſſet contradictionem ſi id ageretur vt ſubſiſtente adhuc pignoris obligatione venditio pignoris ſiue pura ſiue conditionalis iam facta perfectáque intelligeretur, vt docuimus in ſuperioribus, planè conſequens eſt, vt neque valeat conuentio hæc de qua agimus, ſi articulus ille *tunc* ſit omiſſus, neque rurſum ſi articulus contrarius *nunc* ſit adiectus, qui vtique non poteſt non adiici in clauſula illa *ex nunc prout ex tunc, & contrà.* Quoties enim de ea re agitur, quæ non niſi certo tempore fieri poteſt, ea ſi alio & proinde alieno tempore fiat, valere nullomodo poteſt. Exemplũ eſto in formula illa ſolenni quã Gallus Aquilius tam ſubtiliter excogitauit ad faciendam vtilẽ poſthumi nepotis Aquiliani inſtitutionem, *Si filius meus me viuo morietur, tunc qui mihi ex eo poſt mortem meam intra decem menſes naſcetur nepos, heres eſto.* Neque enim aliter fieri poteſt illa inſtitutio, quàm ſi adiectus ſit articulus *tunc* propter eas rationes quas in hanc rẽ nec inſubtiles nec inelegantes attulimus *lib. 9. Coniect. cap. j.* Niſi quod poſtquàm ſciri cœpit quomodo poſthumus is Aquilianus inſtitui poſſet, viſum eſt ſufficere ſic factam inſtitutionem verbis generalibus vt in caſum vtilem valere queat, dummodo caſus ille ex verbis concipi poſſit, vt Scæuola monet *in l. Gallus 29. §. quidam rectè. De liber. & poſthum.* Finge autem ſic locutum fuiſſe teſtatorem, *ſi filius meus me viuo morietur, ex nunc prout ex nunc, & ex nunc prout ex tunc qui mihi ex eo poſt mortem meam intra decem menſes naſcetur nepos heres eſto.* An videbitur nepos vtiliter inſtitutus? Minimè verò. Adiectus namque articulus *nunc* facit omnino vt inſtitutionis tempore inſpecto alienus poſthumus inſtitutus fuerit, quem conſtat iure vetere inſtitui nullo caſu nullóque modo potuiſſe. Nec quòd articulus contrarius *tunc* non ſit omiſſus qui omnimodo addi debuit vitioſam inſtitutionem ſanare poteſt, quia ex tunc prout ex nunc inſtitutum nepotem auus voluit. Atqui ex nunc inſtituere non potuit. Ergo neque ex tunc benè inſtitutus videri poteſt. Alioqui non eſſet inſtitutus ex tunc prout ex nunc, & contrà. Cùmque inſtitutiones omnes, itémque ſimiliter conuentiones quod ad formam & ſollennitatem attinet indiuiduæ ſint, neceſſariò euenire oportet vt quod alioqui vtile futurum erat, per id quod inutile eſt vitietur. Poſſéntque alia eiuſmodi exempla penè innumera proferri ex iis rebus petita, quæ quoniam præſenti tempore fieri non poſſunt in aliud tempus ſunt conferendæ. Nihilque igitur proderit clauſulam 3

illam *ex nunc prout ex tunc & contrà* adiectam fuiſſe? Nihil prorſus, quinimo, vt iam dictum eſt, nocebit potiùs in iis actibus, qui non niſi alterutro tempore fieri potuerunt. Sanè ſi vtroque tempore expediri res poſſit, nihil omnino intererit an nunc fiat, an tunc: nec proinde an ex nunc prout ex tunc, aut contra ex tunc prout ex nunc. Itaque ſicuti clauſulæ illius adiectio hoc
4 caſu non nocebit, ita nec proderit quicquam. Nam cùm in actibus † potiſſimùm conditionalibus vſurpari hæc clauſula ſoleat, vt exiſtente quandocunque conditione perinde habeantur acſi purè & ex contractus tempore facti eſſent, nec vlla vnquam conditione ſuſpenſi, apparet clauſulæ huius adiectionem ſicuti non impedit, quominus conditionem expectari, tandémque exiſtere oporteat, ita nec facere poſſe vt impleta quandocunque conditione aliquid egiſſe videatur, ſiquidem ea quoque non adiecta perinde ex præſenti tempore vires acceptura eſſet conuentio, & eodem prorſus in omnibus iure cenſenda, quo ſi purè facta eſſet, quia nec exiſtens quandoque conditio aliud adfert, niſi vt purè factum intelligatur, quod reuera factum eſt ſub conditione *l. potior 11. §. videamus.* D. *qui potior. in pign. hab.* De quo plura ſcripſimus *lib. 15. coniect. cap. 6. & 7.* vbi etiam monuimus diſtinguendas eſſe
5 hac parte conditiones, † quæ aut merè caſuales aut mixtæ ſunt, ab iis quas poteſtatiuas noſtri appellant, quòd earum implementum ſit in poteſtate debitoris, & ex eius voluntate pendeat. Nam in caſualibus & mixtis id demum obtinet generaliter & indiſtinctè, quod diximus earum euentu & implemento fieri vt purè factum videatur quod non niſi ſub conditione factum fuerat, adeò vt eorum qui medio tempore cum eodem debitore purè contraxerunt, non idcirco potior cauſa haberi poſſit, *l. qui balneum 9. eod. tit. qui potior. in pignor. hab.* In poteſtatiuis verò contrà ſeruatur, vt in debitoris duntaxat odium & incommodum puta exiſtimetur conuentio, quæ primùm fuit condicionalis, non etiam in odium cæterorum qui medio tempore, id eſt poſt initam conuentionem, & ante impletam conditionem cum eodem debitore contraxerunt, *d. l. qui balneum. l. j. in princip. eod tit. l. pen.* D. *quæ res pignor. obligar. poſſ.* Sed neque hoc caſu diuerſum ius inducetur ex eo ſolùm quòd in conuentione conditionali adiecta proponatur clauſula illa *ex nunc, prout ex tunc & contrà*, vt ſecundi creditoris qui nondum impleta cõditione contraxit purè, cum eodem debitore durior cauſa conſtituatur. Eadem enim ratio ſemper vrget, quòd in poteſtate debitoris eſſe non debeat vt creditori ſuo iam quæſitum ius auferre poſſit. Quæ ratio cùm non modò ex mera ſubtiliſque ratione iuris, ſed ex ſumma æquitate proficiſcatur, abſurdum ſanè fuerit, ſi quis putet huius vel illius clauſulæ commento elidi eam, & obliterari poſſe. Planè cùm de illo duntaxat quæritur, An valeat conuentio quæ ſub conditione facta eſt, ac proinde quod ad ſolius debitoris perſonam attinet, non quod ad cæteros, indiſtinctè verum eſt ſiue caſualis, ſiue poteſtatiua, ſiue mixta conditio fuit, inſpiciendum eſſe tempus conuentionis, vt ex eo die vires habeat conuentio *l. ſi filiusfamilias 76.* D. *de verb. obligat. l. vlt.* D. *de ſtipulat. ſeruor.* Proinde clauſula illa *ex nunc prout ex tunc, vel contrà* nihil, vt diximus, illo caſu operatur.

* * *

ERROR

ERROR QVINTVS.

Si in vtilitatem tertij pactum, quod vocant legis commiſſoria in pignore factum ſit.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia pragmaticorum valet pactũ legis commiſſoria in pignore factum in tertij vtilitatem: & vnde hanc ſententiam probent.*

2 *Vera ſententia l. vlt. D. de contrah. empt. aduerſus interpretes aſſerta.*

3 *Quo caſu putent pragmatici locum habere pronunciatum nu. 1. propoſitum.*

4 *Lex commiſſoria in pignoribus fauorabilis eſt debitori, damnoſa creditori: contra pragmat.*

5 *Fiducia cur abrogata.*

AD eã interpretũ & pragmaticorũ traditionẽ quæ habet, Pactũ, quod vocãt legis cõmiſſoriæ in pignoribus nõ valere, ſolẽnis illa exceptio adhiberi ſolet, niſi † in fauorẽ tertij, vt puta 1
fideiuſſoris factum proponatur. Cuius exceptionis & probationẽ & exẽplum deſumunt *ex l. vlt.* D. *de contr. empt.* vbi proponebatur Titius cùm mutuos acciperet tot aureos ſub vſuris, dediſſe pignori ſiue hypothecæ prædio, & fideiuſſorem Lucium: eidémque Lucio promiſiſſe, intra triennium proximum ſe eum liberaturum. Quòd ſi id non feciſſet die ſupraſcripta, & ſoluiſſet debitum fideiuſſor creditori, iuſſiſſe vt prædia fideiuſſori empta eſſent quæ creditoribus obligauerat. Quærit enim Scæuola, Cùm non eſſet liberatio Lucius fideiuſſor à Titio, an ſi ſoluiſſet creditori, empta haberet prædia in conuentionem deducta. Reſpondet autem ſi non vt in cauſam obligationis, ſed vt empta haberet, ſub conditione factam emptionem eſſe, & contractam obligationem. Quibus † tamen verbis ſi be- 2
nè inſpicias, tam apertè Scæuola conuincit errorem hunc interpretum & pragmaticorum, vt non potuerit apertiùs. Fatetur enim, ſi inter fideiuſſorem & debitorem id actum proponeretur, vt ob non ſolutam creditori pecuniam fideiuſſor pignora haberet in cauſſam obligationis, id eſt pignoris, nullius momenti futuram eſſe conuentionem, neque ex ea vllam contractam iri obligationem. Hoc ipſum verò cur ita? Niſi quoniam eo caſu interueniret pactio illa implicans contradictionem, quæ & pignoris, & emptionis ſimul obligationem induceret, quod interpretes & pragmatici noſtri vocant pactum legis commiſſoriæ. Ineptè vt docui in ſuperioribus, & abſurdè, tum quia legem commiſſoriam Iureconſulti dicunt, non autem pactum legis cõmiſſoriæ, non magis quàm pactum pacti, tum etiam quia conuentio hæc fit in euentum ei ex diametro contrarium qui lege commiſſoria continetur, nimirum vt fundus ſit emptus, qui ex natura & poteſtate legis commiſſoriæ inemptus fieri deberet. Illud ergo vult Scæuola inter debitorem & fideiuſſorem actũ eſſe, vt ſub ea cõditione ſi à debitore pecunia debita non ſolueretur, empta fideiuſſor haberet prædia creditori obligata, non etiam vt ea in cauſam obligationis & pignoris acciperet: ob eámque cauſam ponit quidem obligata fuiſſe prædia, ſed creditori nõ fideiuſſori, contractam autẽ conditionalem venditonem cũ fideiuſſore, non etiam cum creditore. Porrò interpretes ipſi cùm improbant pactũ legis commiſſoriæ in pignore, ponunt

3 initū eſſe pactū cū eo ipſo cui pignus datum fuerit: Et conſequenter † cùm exceptionem hanc adſtruunt, vt valeat huiuſmodi pactū in fauorē tertij, non de alio caſu poſſunt intelligere, quàm quo tertius ille pignus quoque acceperit: Alioqui non eſſet exceptio ad regulā accommodata: neque dici poſſet cur in tertio potiùs quàm in ipſo creditore ſententiā hanc admitterent. Nam & ſi ponas conueniſſe inter debitorem, & creditorem, vt ſi pecunia debita creditori ſua die non ſoluetur, habeat creditor emptoris iure fundum Gornelianum, iam diximus *ſup. cap.* 3. valere conuentionem, hactenus vt conditionalis emptio contracta intelligatur, dummodò fundus ille Cornelianus non fuerit creditori obligatus. Quid ergo intereſſe hac parte poteſt inter fideiuſſorem, & creditorem? Nam & fideiuſſor ex fideiuſſore fit creditor, ſcilicet ex cauſa mandati cùm eam quantitatem ſoluere cogitur, quam pro alio promiſit. Atque ita ſanè videntur interpretes noſtri ſenſiſſe, nullam ſcilicet inter creditorem & fideiuſſorem differentiam eſſe, cùm fideiuſſori obligata ſunt ea ipſa prædia quæ & creditori, quia nec poteſt ille hoc caſu dici tertius, ſed tunc demum cùm idem fundus qui creditori obligatus tantùm fuit, fideiuſſori non obligatur, ſed ſub conditione venditur. Poteſt enim ſecundum hāc interpretationem exceptio accommodata eſſe ad regulam, ſi regula concipiatur de lege commiſſoria, vt loquuntur, in pignoribus improbanda, exceptio autem de lege commiſſoria illo etiam caſu admittenda quo conuenerit de pignore, ſed cum fideiuſſore, non cum creditore. Sed tamen pragmatici noſtri longè aliter vulgò intelligunt, eo nimirum ſenſu vt quāuis de pignore conuenerit cum fideiuſſore, nihilominus valeat in eius fauorem pactio commiſſoria, quæ in fauorem pignoratitij creditoris nullomodo valeret. Hac vna moti ratione quòd non ſicut creditoris ita & fideiuſſoris cauſa odioſa videri poſſit, qui licèt pro debitore ſoluens fiat ipſius creditor, tamen neceſſarius eſt non voluntarius, ob idque dignior cui faueatur, & de quo nihil malè præſumatur. Quaſi verò non aliam rationem quàm odium creditoris habeat regula quæ legem commiſſoriam in pignoribus improbauit. Imò verò vt
4 docuimus, ſi legem commiſſoriam † propriè accipias, id eſt, vt explicauimus in præcedentibus, pro ea conuentione, quæ fiduciæ contractum perficiebat, tota eſt fauorabilis debitori, damnoſa creditori. Perinde namque contra creditorem exercetur à debitore, atque in emptionibus exercetur cōtra emptorem duntaxat à venditore, quia nec adiicitur niſi pro venditore, qui ob hanc cauſam neque inuitus eā cogitur exercere *l.* 3. *D. de leg. commiſſ.* Sed tamē quia
5 fiduciæ † nec commodum nec vſus vllus erat niſi facta prius pignoris mancipatione per quam dominium pignoris purè ſtatimq; transferebatur in creditorem, ſæpiùs autem accidebat vt intra conſtitutam diem non valente debitore pecuniā explicare ſuæ cōuentionis fructu priuaretur, nec quicquam ei prodeſſet, quod fiduciā contraxiſſet, non ſine magno debitorū incōmodo qui maioris valoris pignora ſub prætextu contrahendæ fiduciæ nō illibenter mancipabant, viſum eſt tandem abrogandum hoc contractus genus tanquā odioſum, nimiſque aſperū debitoribus non propter fiduciā contractā legémque cōmiſſoriā adhibitā, ſed propter mancipationē quā fiduciæ contrahendæ legiſque commiſſoriæ adhibendæ neceſſitatem inducebat. Itaque tolle vſum & poteſtatem mācipationis, nullum odium ſupereſt, aut potiùs nulla odij cauſa aduerſus creditorem: ſicut nec vlla neceſſitas cōtrahendæ fiduciæ, aut vſus vllus legis commiſſoriæ in pignore quæ ſcilicet eò tantùm pertinebat vt

bat vt res debitoris quę creditori acquiſita eſſet in debitoris dominium recurreret eo demū caſu quo intra dictam diē pecunia ſoluta eſſet. Proinde cùm ex cauſa pignoris dominium in creditorem non transferatur, apparet fieri nullomodo poſſe vt lex commiſſoria in pignore adhibeatur, aut vt odio vllo dignus videri debeat creditor, qui pignus accipiendo nihil aliud agit niſi vt ſibi conſulat, iuſtique debiti nomine caueat. Quòd ſi ex contrario non prudentum ſed interpretum more legem commiſſoriam ſic intelligas, vt fundus obligatus qui ex empto fieri deberet inemptus, ſolutâ ſuo die pecuniâ, fiat ex inempto emptus ob non ſolutam ſua die pecuniam, non magis odio creditoris improbari pactio poteſt quàm ſi nullo præcedente pignore adhibita eſſet. Nec enim eo minùs verè eſſet creditor quod non eſſet pignoratitius, nec conſequenter minore odio dignus, ſi nudum creditoris nomen ſufficeret ad odium conciliandum. Et tamen dubitari non pòteſt quin eo caſu valeat conuentio, tanquam conditionali duntaxat venditione contracta: non ſecus acſi cum fideiuſſore iuſta eſſet, cum quo priùs de pignore nullomodo cōueniſſet, tametſi de re quæ iam creditori obligata fuiſſet, neque enim fideiuſſori datum intelligitur pignus, quod datum eſt creditori, licet perinde fiat ille ex fideiuſſore creditor, ex quo hodie pecuniam debitam ſoluit creditori pro debitore, acſi eā primùm ipſe credidiſſet. Illud ergo ſupereſt vt cōuentio illa per quā fundus pignoratus fiat emptus creditori propter non ſolutam ſua die pecuniā, nō alia ratione improbetur, fueritque iā olim ſemper improbatum, quàm quòd & pignoris obligationem inducat, & conditionalem ſimul pignoris venditionem eodem inſtanti perfectam, quæ tamen ſimul fieri perficique non potuit. Quæ ratio non minùs vtique locum habet in perſona fideiuſſoris qui eandem rē pignori acceperit, quàm in perſona creditoris. Non enim fideiuſſoris fauor perſonáque facere poteſt, vt eo magis pignus & venditio ſe inuicem compatiantur. Proinde non fideiuſſor à creditore hac perte ſeparandus eſt, ſed is tantùm qui ante initam conuentionem de fundo emptionis iure retinendo pignus accepit ab eo qui non accepit, ſiue creditor ille ſit, ſiue fideiuſſor.

ERROR SEXTVS.

De lege commiſſoria in venditionibus.

SVMMARIA.

1. Lex commiſſoria in venditionibus iam olim odioſa cur fuerit, interpretum ſententia.
2. De quæſtione propoſita autoris ſententia.
3. Cur lex commiſſoria in pignoribus fauorabilis olim habita.
4. Quá lex commiſſoria abrogata ſit.

VT legem cōmiſſoriam in pignoribus odioſam eſſe interpretes, & pragmatici noſtri crediderint, illud maximè effecit, quòd 1 in † emptionibus quoque iam olim odioſam eam fuiſſe videt. Sic enim Paulus refert in *l. Aemilius Larianus* 38. D. *de minor.* legem commiſſoriam Imperatori diſplicuiſſe. Nam quis neget multò fauorabiliorem eſſe venditorem, pro quo vno, vt iam diximus, ea lex adhibetur, quàm creditorem? Creditores ſiquidem vt plurimùm ob id maximè in creditum iri ſolent, vt vel vſuras vel quid aliud in vi-

Digitized by Google

cem vſurarum conſequantur, tùm præſertim cùm pignus accipiunt, quo caſu
placet etiamſi gratuita pecunia fuerit, tacitam nihilominus antichreſim con-
tractam videri vt fructus pignoris lucro cedant creditoris, *l.cùm debitor 8.D.*
in quib.cauſ.pign.vel hypoth.tacit.contr. quam nos fuſiùs explicauimus *Decade*
9.Err.5. At venditores ferè omnes egeſtas compellit, aut inuitat ſanè ad ven-
dendum : ideóque digniores proculdubio videri debent quibus ſuccurratur,
ac multò magis quibus concedatur vt iuſta, nec illicita conuentione ſibi pro-
ſpiciant. Ergo ſi in venditionibus quoque lex commiſſoria odioſa eſſe cre-
ditur, quãtò minùs fauorabilis videri debet in pignoribus? Atq; ita interpretes
& pragmatici noſtri, vt diximus, paſſim ratiocinãtur, ſed omnino vt apparebit
imperitè, propterea quòd nõ magis intellexerũt cur odioſa eſſet lex cõmiſſo-
2 ria in vẽditionib. quàm quid illa eſſet in pignorib. Fuit certè odioſa † in ven-
ditionib. *d.l.Æmilius.* Indéq; nimirũ fiebat vt poſt diẽ cõmiſſoriæ legi ſ reſtitu-
tum ſi vẽditor vel minimã pretij partẽ acciperet, adeóq; duntaxat peteret; legi
cõmiſſoriæ renũtiaſſe videretur, nec poſtmodũ variare, & ad eã redire poſſet
l.de lege 6.§.vlt.& l.ſeq.D.de leg.commiſſ. At non odio venditoris, vt iſti pu-
tant, ſed odio conuentionis cuius poteſtas ea eſſet, vt bona fide contractam
perfectámque venditionem ipſo iure diſſolueret, facerétque inemptum fun-
dum qui re vera emptus fuiſſet. Nam ſicuti nihil fauorabilius eſt venditione
ſi modò bona fide inita ſit, quoniam eo potiſſimùm contractus genere ſocie-
tatis humanæ commercia conſtare neceſſe eſt, ita conſequens eſt odioſam
videri debere pactionem per quam venditio iuſta perfectáque in irritum de-
ducatur. Eadem porrò ratio, inquies, facere etiam debuiſſet, vt perinde odioſa
videri deberet lex commiſſoria in pignoribus : cuius ſcilicet poteſtate ſimi-
liter eueniebat vt iuſta licitaque mancipatio diſſolueretur. Etſi enim minùs
frequens aut neceſſarius, & conſequenter minùs fauorabilis videbatur actus
mancipationis, quàm venditionis, non poterat tamen non eſſe fauorabilis
qui iuſtus erat, id eſt iure Quiritium inſtitutus, & ad dominium transferen-
dum æquè ac traditio ex emptionis cauſa comparatus, vt Vlpianus in Titulis
refert *tit.19.de acquiſ.rer.* Verùm reſpondeo † duabus potiſſimùm de cauſis
3 legem commiſſoriam in pignoribus fauorabilem potiùs, quàm odioſam vi-
deri debuiſſe : quarum vna illa fuit, quod cùm ea lex adhibebatur, id eſt cùm
fiducia contrahebatur, mancipatio quidem quàm priùs interueniſſe neceſſe
erat, diſſoluebatur, at non ſola legis commiſſoriæ poteſtate vt in venditioni-
bus, ſed per remancipationem, id eſt contrariam mancipationem, quam à
creditore debitori fieri oportebat vt dominium à debitore tran atum in
creditorem, à creditore viciſſim eodem tra ſlationis modo ad d bitorem
recurreret. Itaque cùm non tam lex commiſſoria quàm ſecuta rem ncipatio
mancipationem diſſolueret, non poterat ex ea cauſa dici odioſa lex commiſ-
ſoria in pignoribus, quamuis eius poteſtate fieret vt creditor domin s pigno-
ris per mancipationem effectus, remancipare cogeretur. Sicut & n vendi-
tione vſuuenit, vt ſi qua contracta ſit ſub pacto de retrouendendo ea finia-
tur per ſecutam retrouenditionem, nec eo tamen magis odioſum llud pa-
ctum exiſtimetur : quia ſcilicet non ſola pacti poteſtate venditio rior diſ-
ſoluitur, ſed poteſtate retrouenditionis, quam, licèt ex pacti virib , neceſſa-
riò ſubſequi oportet, adeóque retrotraditionem vt dominium p traditio-
nem tra ſlatum contraria traditione reſtituatur, *l.ab emptione 58. D.de pact.*
Alia etiam ratio fuit quæ legem commiſſoriam in pignoribus f orabilio-
rem

rem efficere deberet.Ea ipſa nimirum propter quam interpretes & pragmatici putant odioſam videri debuiſſe: Odium creditoris, contra quem vnum lex illa adhiberi poterat & exerceri. Tota enim reſpiciebat fauorem debitoris,qui ſi hac lege omiſſa,id eſt nulla contracta fiducia pignus mancipaſſet,nulla poſteà ratione id redhibere potuiſſet,nec ſi millies pecuniam debitam ſoluere paratus fuiſſet. Itaque quãuis per remancipationem illam diſſolueretur mancipatio quæ priùs facta fuerat, nihil tamen cauſæ erat, cur odio dignus videri deberet debitor qui id agebat vt rem quondam ſuam recuperaret,præſertim à creditore qui ab initio non tam id egerat, vt alienę rei dominium ſibi pleno iure compararet, quàm vt pecunæ ſuæ nomine ſibi caueret.Falſum igitur eſt,nec lege vlla probari poteſt, odioſam vnquam fuiſſe legem commiſſoriam in pignoribus,tametſi odioſa fuerit in venditionibus.Nec illud ergo admitti debet quod vulgò creditur, abrogatam & improbatam eam eſſe odio creditorum. Non inficior pactionem illam quam noſtri ridiculè pro lege commiſſoria accipiunt, reſpicere fauorem creditoris,cùm eò ſpectet vt in eum caſum quo pecunia ſuo die ſoluta non erit,fundus ſit emptus creditori,cui fuit & pignoratus. Sed quemadmodum nego eam eſſe legem cõmiſſoriam, quæ vnquã in pignoribus recepta probatáque fuerit,ita nego † eam eſſe quæ Cõſtantini lege abrogata ſit. Nego etiã cõſequenter eam eſſe quæ prohibita eſt & improbata. Siquidem non alia eſt lex 4 commiſſoria prohibita & improbata,quàm quæ abrogata,ne alia rurſus abrogata,quàm quæ aliquando in vſu fuit. Fateor tamen eſſe hanc quoq; conuentionẽ,& ſemper fuiſſe improbatã.Extra eum caſum quo pretij taxatio in aliud tempus collata eſſet,at non odio creditoris,vt vulgò autumant, vel odio conuentionis,quemadmodũ euenire diximus in lege commiſſoria quæ ad venditiones pertineat,ſed tantùm propter implicitam contradictionem, quòd fieri nequeat vt eadem conuentio & pignoris obligationẽ conſtituat, & venditionem ſimul ſiue purã ſiue conditionalẽ, quemadmodũ in ſuperioribus ſæpius à nobis dictum eſt.Vnde & illud fieri monuimus, vt etiamſi cũ fideiuſſore cuius cauſa fauorabilior quæ creditoris eſſe exiſtimatur, eiuſmodi conuentio inita ſit,nõ eo magis tamẽ valeat,ſi cum eodem fideiuſſore conuenerit de pignore. Et ex contrario defendatur iure conditionalis venditionis ſi cũ ipſo quoq; creditore facta ſit, dum ne vlla pignoris obligatio præceſſerit,*l. vlt.*D.*de contr. empt.*Quamquã nõ ignoro pragmaticos pleróſq; in contraria eſſe ſententia,ſecutos Guid.Pap.*quæſt.6.*vbi negat conuentionẽ hanc valere ſi cum ipſo creditore facta proponatur,quaſi vſurariam aut certè ſuſpectam:Cuius tamen probandi cauſa neque legem habet quam proferat,neque rationem.

ERROR SEPTIMVS.

Si lex commiſſoria in pignore interuenerit per tranſactionem.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia interpretum & pragmaticorum ... legis commiſſoriæ in pignoribus ſi in tranſactionis inſtrumento facta proponatur.*

2 *Quæ ſit de ſententia pragmat. ratio.*
3 *De ratione à pragmaticis allata autoris ſententia: & improbatio concluſionis pragmaticorum.*
4 *L. ſi fundus. 16. §. vlt. D. de pignoribus corruptam & interpolatam eſſe.*

INTER cæteros caſus,quibus interpretes volunt,itémque pra-
1 gmatici,valere conuentionem † illam quam ipſi vocant pactũ
legis commiſſoriæ in pignoribus,hic vnus eſt,ſi in tranſactio-
nis inſtrumento facta proponatur,illa potiſſimùm,vt puto,ra-
2 tione † quod tranſactionum omniũ, dũmodò bona fide initæ
fuerint,maximus fauor ſit, vel ob hoc ipſum vt à lite diſcedatur, à qua non
eſſet alioquin diſceſſurus creditor, qui non aliter quàm adiecta in pignore
commiſſoria lege ſibi ſatis cautum eſſe putat. Quaſi cùm hîc duplex odium
verſetur,vnum litis,alterum creditoris, potentius eſſe debeat odium litis ad
validandam tranſactionem, quàm creditoris ad conuentionem infirmãdam.
3 Ego verò rationem † hanc non inuitus probarem,ſi admittere poſſem, quod
illi pro vero habent, pactionem iſtam quam illi legis commiſſoriæ nomine
donarunt,non alia de cauſa quàm creditoris odio improbatam eſſe.Sed cùm
eius improbandæ ratio tota illa ſit, quòd implicet contradictionem vt eadẽ
conuentione,& contractum pignus, & eiuſdẽ pignoris venditio, ſiue pura,
ſiue conditionalis exinde facta eſſe intelligatur, quemadmodum docuimus
in ſuperioribus, planè non video quid attineat de fauore tranſactionis, aut
de odio litis diſputare,vt defendatur ea pactio quæ ipſam deſtruit, nec mi-
nùs à ſeipſa quàm à iuris ratione infirmatur.Fac enim quãtùm voles,vt cre-
ditor qui de pignore conuenit ſiue in ipſa tranſactione,ſiue iam ante tranſ-
actionem,poſteà tranſigendo paciſcatur de pignore illo emptionis iure re-
tinendo,ſi ſua die non erit ſoluta pecunia quæ ſub pignore debetur, non po-
teris aſſequi vt eo minùs creditor & pignus, & conditionalem venditionem
contrahere voluerit.Si pignus,ergo, non acquirere ſibi dominium quod ſci-
licèt nunquam ex cauſa pignoris transfertur,*l.cùm & ſortis 34.§.vlt.D.de pi-
gnor.act*.licèt contracta pignoris obligatio ius præbere poſſit dominij quan-
doque impetrandi *tot.tit.C.de iur.domin.impetr*. Si conditionalem venditio-
nem,Ergo ſibi acquirere dominium quod vẽditionis tempore ſit penes vẽ-
ditorem,*l.ex empto 11.§.1.D.de action.empt*. Vtrumque igitur voluit creditor
pignoratitius qui pactionem hanc adhibuit, & acquirere ſibi dominium, &
non acquirere: quæ tamen inuicem contradictoria ſunt, nec ſe vllomodo
compatiuntur,nec magis ſi in tranſactione, quàm ſi extra tranſactionem ea
pactio adhibeatur:ſunt quædam pactiones quæ impoſſibiles dicuntur, vt in
l.non impoſſibile 50.*l.ab emptione* 58. D.*de pact.l.ex empto.11.§.vlt.l.bona fides.*
50.D.*de action.empt.*quia natura negotij in quo adhibentur eas pati & ad-
mittere nullomodo poteſt.Nec eſt quod dicas, poſſe diuerſis reſpectibus cõ-
trahi eiuſdem rei & pignus & venditionem, pignus nimirum purè, vendi-
tionem verò ſub conditione ſi pignoratitia pecunia ſuo die ſoluta non erit.
Iam enim monuimus in ſuperioribus, venditionem quantumuis conditio-
nalem ex eo tempore factam intelligi quo de pretio conuenit, licèt effectus
venditionis conditione aliqua nondum impleta ſuſpendatur. Proinde cùm
pignoris venditio facta eſt, quamuis ſub ea conditione,ſi ad diem pecunia
ſoluta non erit fatendum eſt impleta quandocunque conditione iam inde
ab eo tempore quo inita cõuentio fuit, dominium emptori, eidémque cre-
ditori ea ex cauſa acquiſitum intelligi *l.4.D.ad leg.Falcid*. Nec eo minùs ta-
men

men contractum fuiſſe pignus, quod vtique contractum eſſet & debitor & creditor voluerunt, in id præſertim vſque tempus quo pecunia ſoluta eſſe debuiſſet, nec fuiſſet. Itaque conſequens fiet vt pignoris dominium & acquiſitum ſit creditori, & non ſit acquiſitum, hoc quidem quoniam pignus fuit, illud verò, quia fuit etiam venditio. Sempérque abſurdum hoc aderit, niſi ponas ſic conceptam pactionem vt pretij conuentio ſine qua nec pura nec conditionalis venditio vlla eſſe poteſt, collata ſit in certum tempus vt in ſpecie illa *l. ſi fundus* 16. *§. vlt.* D. *de pignor.* quod cum ſit, pignus quidem contractum dicimus & venditionem, at non vtrumque ſimul & eodem tempore, ſed pignus ab initio, & in eum vſque diem quo pretium conuentum, taxatúmque ſit, venditionem verò ex eo tempore duntaxat. Facere enim nunquam poſſis, vt conditionalis venditio retrotrahatur ad id tempus quo pacto interpoſita eſt, ſi nihil tum de pretio adhuc conuenerit, quia nec poteſt incipere niſi à pretij conuentione. Qua de cauſa poſſit quis non malè dicere, ſic inita conuentione, vt liceat creditori ſi ad diem pecunia non ſoluetur, retinere rem obligatam emptoris iure certo iuſtóque pretio tunc æſtimandam ex tempore magis quàm ſub conditione contractam videri venditionem. Conditio námque illa *ſi ad diem pecunia ſoluta non erit*, nõ poteſt facere conditionalem venditionem, cum impleri eam neceſſe ſit, diémque veniſſe intra quam ſolui debuit, nec ſolutum fuit, priuſquàm de venditione tractari poſſit, id eſt, de certo pretio conſtituto, at ne quidem de conſtituendo. Certum autem eſt deſinere conditionem eſſe, ex quo impleta eſt. Ideóque fortaſſis Marcianus in *d. §. vlt. l. ſi fundus*, dictionem *quodammodo* quæ improprietatis nota dicitur, adiecit, in illis verbis, *hoc enim caſu videtur quodammodo conditionalis eſſe venditio.* Niſi quis † dicat quod ego certè probabilius 4
arbitror, licèt dicere nondum ſim auſus, verſiculum illum aut interpretis parum acuti eſſe aut Triboniani, quem feſellerit elegans illud reſponſum Scæuolæ quod extat in *l. vlt de contr. empt.* vbi tractatur de ſpecie non valdè diſſimili ab ea de qua in *d. §. vlt.* ſed diſſimili tamen in eo quod nihil apud Scæuolam de contracto pignore proponebatur, nec rurſus de collata pretij taxatione, & conſequenter venditione ipſa in aliud tempus. Nec pro tuenda Triboniani aut interpretis illius imperitia poſſis dicere, ſublata quoq; conditione illa, *ſi ad diem pecunia ſoluta non erit*, tacitam nihilominus conditionem adhuc ineſſe intelligi, propterea quòd in arbitrium boni viri collata pretij conuentio videatur, ac proinde conditionem illam habere, *ſi vir bonus arbitrabitur*, vt dici ſolet, cùm ſic facta venditio eſt, *quanti Titius æſtimauerit. l. hæc venditio.* 7. D. *de contr. empt. l. vlt.* C. *eod.* Illam enim venditionem, *quanti Titius aut alius vir bonus quilibet arbitrabitur.* ideò conditionalem appellamus, quòd nihil prohibeat quin ſtatim arbitrium fieri poſſit, & venditionis conditio impleatur. At conuentione pignoris ſic facta, vt ſi pecunia ad diem ſoluta non erit, creditor eam rem ſibi habeat emptoris iure certo pretio tunc æſtimandam, articulus *tunc* impedit omninò ne ante id tempus de pretio tractari oporteat, & conſequenter ne vllum venditioni datum fuiſſe initium videri poſſit, quandiu conditio impleta non eſt, quam impleri contrahentes voluerunt, priuſquàm de emptione aut venditione etiam conditionali contrahenda cogitarent. Proinde nulla eo caſu emptio contracta dici poteſt, ne conditionalis quidem. Et ſanè ridicula eſt ea loquendi formula, qua Marcianus vſus creditur in *d. §. vlt. Poteſt*, inquit, *ita fieri*

pignoris datio hypothecave, vt ſi intra certum tempus non ſit ſoluta pecunia, iure emptoris poßideat rem iuſto pretio tunc æſtimandam. Hoc enim caſu videtur quodammodo conditionalis eſſe venditio. Annon enim perinde hoc eſt acſi quis diceret, Poſſe ita fieri pignoris dationem vt ſimul & ſemel conditionalis quoque venditio contracta eſſe intelligatur? Atqui hoc ipſum eſt quod nos iam ſæpiùs diximus implicare contradictionem, Triboniani verò adiectionem illam eſſe potiùs quàm interpretis facilè ſibi perſuadebit quiſquis fatebitur in eadem lege multa alia eſſe ab eodem Triboniano contra iuris rationem immutata. Præſertim in §. *in vindicatione* de quo ſcripſimus *lib.* 16. *Coniectur.* & in §. *ſi pluris*, de quo etiam ſcripſimus cod. libr. quibus etiam addedum eſt, ni fallor, quod in eadem lege ſcriptum legimus in §. *ſi duo*, de duobus pariter de hypotheca paciſcentibus. Tota enim diſtinctio illa eſt inepta, vt in ſequẽtibus dicemus, ſi priùs ea abſoluerimus quæ ad inſtitutum *De lege commiſſoria* tractatum pertinent. Maneat igitur ſatis ſupérque probatum ex ſuperioribus, non valere pactionem de pignore ob non ſolutam ſua die pecuniam emptionis iure retinendo, etiamſi in tranſactione facta ſit, eadem ſcilicet ratione hoc caſu, qua cæteris omnibus, obſtante.

ERROR OCTAVVS.

De iurato pacto legis commiſſoriæ in pignoribus.

SVMMARIA.

1 *Iuriſiurandi vis quanta in cõuentionibus iure ciuili & Pontificio.*

2 *Quandoque conuentio alioquin nulla iureiurando confirmatur: interdum verò iuſiurandum periurij tantùm exceptionem inducit.*

3 *Qui ſit effectus proximè allatæ diſtinctionis.*

4 *Pactum legis commiſſoriæ in pignoribus iureiurando non confirmatur, valet tamen iuſiurandum ex ſententia pragmaticorum.*

4 *d. Sententia refutatio, quod ad poſtremam partem attinet.*

5 *Reſcriptum Pontificium in cap. ſignificante. ext. de pignoribus pragmaticis non fauere.*

6 *Qualia ſint plerunque Põtificia reſcripta.*

1 MAGNAM ad conuentiones † nominum firmandas præcipuámque iuriſiurandi vim eſſe tã ciuili quàm pontificio iure, inter omnes conſtat, ſed non tamen tantam iure ciuili, vt ſi quid contra leges factum ſit, iuriſiurandi religione confirmari id poſſit. Extat enim aperta in eam rem conſtitutio Impp. Theodoſij & Valentiniani in *l. non dubium*. 5. C. *de legib.* Id namque potiſſimùm agit ciuili legiſlator, vt ſua ſemper legibus poteſtas & autoritas conſtet: nec niſi publicã vtilitatem intuetur, quæ ex publica legum obſeruatione tota æſtimanda eſt, non ex huius aut illius hominis religione. Quare nec ſi filiusfamilias contra Senatusconſultum Macedonianum pecuniæ mutuæ nomine ſe obligauerit, nec ſi mulier cõtra Velleiani prohibitionem interceſſerit, aut aduerſus legẽ Iuliam & Iuſtinianeam fundum dotalem alienauerit, aut alienationi per maritum factæ conſenſerit, adhibita iuriſiurandi religio facere poterit vt obligatio vlla contracta videatur, quoniã huiuſmodi pactiones omnes legib. aduerſantur, & cõſequenter à legibus improbãtur, quæ ſeipſas vtiq; deſtruerent,

Digitized by Google

rent,ſi tantã iuramento poteſtatẽ darẽt:Quãdoquidem non aliunde quàm ex
legibus proficiſci poteſt, vt plus virium habeat pactio quæ iurata eſt quã quæ
non iurata. Excipiendi tamen ſunt certi caſus in quibus viſum eſt ex iuſta
cauſa plus iuramento tribuendũ eſſe,quàm contractui aut antiquo iuri, vt in
Auth.ſacramenta puberum. C. ſi aduerſ.vendit. At iure pontificio ſanè aliud
eſt.Nam quemadmodum ſacroſanctis Põtificibus vnum illud propoſitũ fuit
vt animarum ſaluti proſpicerẽt, nihil publicè aut priuatim vtile exiſtimãtes,
quod nõ ad eam rẽ maximè pertineret,ita cõſtituendum putarunt,vt quoties
iuratum eſt,déque eo diſputatur an iuſiurandum ſeruari debeat,néc ne,hoc v-
num inſpici & inueſtigari oporteat, an ſine diſpendio & detrimento ſalutis
æternæ ſeruari poſſit,aut nõ; vt ſi poſſit, omnimodo ſeruandũ ſit,etiãſi de ea
re interpoſitũ fuerit,quæ legibus non probetur. Itaq; conuentiones illas om-
nes quas contra ſenatuſcõſulti Macedoniani aut Velleiani,aut legis Iuliæ pro-
hibitionem factas, & alias huiuſmodi ſexcentas à iure ciuili improbatas ius
Pontificium paſſim tuetur, ratione illa generali quòd huiuſmodi iuramen-
ta non vi,non dolo,ſed ſponte præſtita, nec in alterius præiudicium redun-
dent,nec obſeruata vergant in diſpendium ſalutis æternæ, vt ab Innocentio
proditum eſt in *cap.cum contingat 28.in fin.Extr.De iureiur.* Quod quanquam
ita eſt, rectè tamen interpretes obſeruant non eandem ſemper, & in omni-
bus iuriſiurandi vim eſſe. Aliquando † enim accidit vt conuentio alioquin
nulla & illegitima iureiurando confirmetur, vt in fundi dotalis obligatione 2
aut alienatione per mulierem facta, de qua in *d.cap.cùm contingat*, itémque
in pacto de non ſuccedendo, De quo in *cap.quamuis pactum.de pact.in 6.* A-
liquando autem in id tantum prodeſt iuſiurandum vt periurij exceptionem
inducat, non etiam vt contractum odioſum legibúſque improbatum confir-
met, quod pleriſque caſibus euenire omnes fatẽtur. Huius porrò diſtinctio-
nis præcipui effectus duo ſunt. Prior ille quòd cùm iuſiurandũ ſuper illegiti- 3
mo cõtractu adhibitũ valet quidem,ſed ita vt nõ tam contractũ firmet,quàm
inducat periurij exceptionem ſi contrà factum ſit, nulla ad contractum re-
ſcindendum opus eſt in integrum reſtitutione, nempe quia quod nullum
prorſus eſt reſcindi nullomodo poteſt, *l.5. §.1. D.de iniuſt.rupt.l.2.C.de præd.
minor.* Sed ſufficit impetrari abſolutionem à vinculo iuriſiurandi, quæ &
concedi ſolet ab epiſcopo aut eius vicario facillimè, nec citata parte, nec ad-
hibita vlla cauſæ cognitione, ſaltem ad fines agendi,vt pragmatici pontificij
loquuntur,quod non ſimiliter obſeruaretur, ſi religio iuriſiurandi contra-
ctum alioquin illegitimum confirmaret. Neque enim tunc abſolutionem
impetratam eſſe ſufficeret,ſed neceſſarium eſſet auxilium in integrum reſtitu-
tionis,ad contractum reſcindendum,quæ ipſa tamen nunquam niſi cauſa co-
gnita vocatíſque omnibus quorum intereſt, concedi poteſt. Alius ſupradi-
ctæ diſtinctionis effectus ille eſt, quòd ſi iureiurando confirmatus ſit con-
tractus qui alioquin non valeret,non tantùm is qui iurauit tenetur ex eo cõ-
tractu, ſed ipſius quoque heredes & ſucceſſores: quos tamen non teneri con-
ſtaret,ſi iuſiurandum non niſi ad periurij exceptionem inducendam prodeſ-
ſet,quia iuriſiurandi vinculum merè perſonale eſt ex parte iurantis, nec niſi
iurantem obligat,vt ſi contrà faciat periurus eſſe videatur : at vinculum con-
tractus eſt reale,perindéque obligat omnes qui in contrahentis iura ſucceſſe-
runt,ſemélque firmatus iureiurando contractus, & vtilis conſtitutus, non
ob id ſolùm irritus fieri poſteà poteſt,quòd deceſſerit is qui iurauit. Sed to-

Digitized by Google

tus ille De iureiurando tractatus ampliorem locum integráſque Decades
deſiderat. Adeò multa ſunt in quibus peccant interpretes & pragmatici no-
ſtri cùm de iuramenti priuilegiis diſputant. Itaque de eo aliàs. Iam ad rem.
3 Si pacto † conuenerit vt rem pignoratam poſſit creditor emptoris iure pro
debito retinere, in eum caſum quo ſua die non erit ſoluta pecunia, déque ea
re iuſiurandum adhibuerit debitor, conſentiens ferè omnium interpretum
& pragmaticorum vox eſt, valere quidem iuſiurandum & omnimodo ſer-
uandum eſſe ad periurij crimen euitãdum, niſi impetrata ſit abſolutio, ſed ta-
men non eo magis pactum valere, quippe quod odio, inquiunt, creditoris &
vſurarum ſit prohibitum, nec proinde iureiurando debitoris confirmari poſ-
ſit. Ita Bart. ad *l. quamuis. 45. D: de ſolut. & ad l. ſi quis pro eo 56. D. de fideiuſſ.*
4 Guid. Pap. *quaſt. 6.* Ego verò ferre † illud non poſſum vt iuriſiurandi aliqua
ſit hoc caſu autoritas ne quidem ad inducẽdam periurij exceptionẽ. An quia
ſeruari non poſſit citra diſpendium ſalutis æternæ? Minimè verò. Sed quia
nec ſi velis cum diſpendio ſalutis æternæ ſeruari poſſit: Vtpote interpoſi-
tum ſuper ea conuentione, quæ vt in præcedentibus diximus, implicat con-
tradictionem: cùm improbandæ huius pactionis ratio alia non ſit, quàm
quod fieri nequeat vt eiuſdem rei pignus & venditio ſimul contrahatur,
aut contracta vnquam intelligatur. Nemo autem dixerit iureiurando poſſe
fieri poſſibile quod per rerum naturam eſt impoſſibile, in quo numero ſunt
omnia quæ implicant contradictionem: Et vt non inſulſè quidam ſcripſit,
Iuramentum quamuis multa poſſit, non eſt tamen omnipotens vt omnia
poſſit quaſi alter Deus. Quanquam & ab ipſius Dei Opt. Max. omnipoten-
tia Theologi alienum eſſe fatentur, vt ea facere poſſit quæ ſine implicita
contradictione fieri nullomodo poſſunt. Quod ſi communi hominum o-
mnium ſenſu nulla impoſſibilium obligatio eſt, non poteſt ſanè accedens
iuriſiurandi autoritas facere vt ex contradictoria pactione obligatio aliqua
nata videri poſſit. Neq; obſtat Innocentij Pontificis reſcriptum, quo potiſſi-
5 mùm interpretes mouẽtur, † in *cap. ſignificante. Extr. de pignor.* Etſi enim tra-
ctatur eo loco de pacto legis cõmiſſoriæ in pignore, & de adhibito in eã rem
iureiurando, cui ſatisfacere debitor voluerat, nihil tamen eſt ex quo poſſit
colligi eam ſummi Pontificis mentem eſſe vt plus poſſit illo caſu iuſiuran-
dum quàm pactum. Vtriuſque enim cauſam eandem conſtitui vt ſimul v-
trumque reiiciatur, illis poſtremis verbis, *pacto tali vel iuramento nequaquam
obſtante.* Nam ſi quis cum interpretibus dicat iuriſiurandi rationem in ea
ſpecie nullam idcirco haberi, quòd per debitorem non ſtetiſſet quominus
intra dictam diem pecuniam ſoluiſſet; quam perfido nuncio dederat perfe-
rendam, quaſi iuramento habendo ex ea cauſa pro impleto, vt verba illa in-
nuere videntur. *& prædictus R. quantum in eo fuit, iuramenti debitum adimple-
uit.* Reſpondebo non ea tantùm ratione niti pontificium reſcriptum, ſed il-
la etiam quæ & priore loco ponitur, quòd pactum legis commiſſoriæ, vt lo-
quitur Innocentius, ſit in pignoribus improbatum. Alioqui ſi pactum va-
luiſſet, etiamſi iuriſiurandi religio non acceſſiſſet, debitori ius nullum ſu-
pereſſet redimendi poſt dictam diem pignoris quod ante diem redimi de-
buiſſet: Nec ei prodeſſe deberet, quòd certo, & vt videbatur, fideli nũcio pe-
cuniam ſat citò numeraſſet vt ad creditorem perferretur. Eſſet enim quod
ſibi potiùs deberet imputare cur certiorem, & fideliorem nuncium non ele-
giſſet, potiùs quàm vt ex eius nuncij perfidia ius ignorantis creditoris im-
minutum

Digitized by Google

minutum dici poſſet. Ergo nec adhibitum hoc caſu iuſiurandum proderit ad inducendam periurij exceptionem: Alioqui dicendum eſſet iuriſiurandi vinculum eo ſaltem caſu debere obſtrictum teneri iurantem, quo obſtrictus ille eſſet ex pacto, ſi pactum valeret, nec poteſt videri iuriſiurãdi debitũ adimpleuiſſe, qui contractum ipſum ſuper quo iuratum eſt, ſi valeret, impleuiſſe non crederetur. Quanquam, vt liberè dicam quod ſentio, parum me hac in re pontificij reſcripti autoritas mouet. Video enim † põtificiorum 6
reſcriptorum & conditores & interpretes hac parte, vt aliàs plerumque interpretum iuris ciuilis errorem ſecutos, neque quid in pignoribus lex commiſſoria eſſet intellexiſſe, neque rurſum qua ratione improbata ſit eã pactio, de qua diſputamus quam illi pactum legis commiſſoriæ appellant, & quæ tamen nihil minùs quàm lex commiſſoria eſt, ſecundùm ea quæ veriſſima iuris ratione à nobis diſputata ſunt in ſuperioribus. Nam ſi pactionem iſtam qua de agimus, nihil aliud odioſam faceret præterquàm odium creditoris, vt Innocentius poſt interpretes ſenſiſſe videtur, faterer ſanè non illibenter, eam iuriſiurãdi futuram autoritatem vt pactum hoc ſeruari deberet periurij metu. Quandoquidem & vſuras ipſas quibus nihil odioſius eſt, ſi tamen cum iureiurando promiſſæ ſint omnimodo ſoluendas eſſe placuit, licèt poſtmodum reſtituendas, ne iuriſiurandi religio contempta eſſe videatur, *cap. debitores 6. extr. De iureiur.* Itaque non eſt improbabile Innocentiũ Pontificem qui vulgarem interpretum errorem ſecutus pactionem iſtam nullo vnquam iure aut tempore probatam pro lege cõmiſſoria accepit, eámq. non niſi creditoris odio improbatam eſſe exiſtimauit, in ea etiam fuiſſe ſententia, vt putauerit, accedente iuriſiurãdi religione ſeruari eã debere: quod proculdubio non putaſſet, ſi ratione illa conuentionem hanc improbatam eſſe ſciuiſſet, quòd ſit de re impoſſibili & implicante contradictionem. Eúmque Innocentij errorem illud apertiùs detegit, quod cum interpretibus legem commiſſoriam appellat pactum legis commiſſoriæ; æquè eleganter, acſi diceret *pactum pacti commiſſorij*, tùm in hoc tractatu, nihil aliud lex ſignificet quàm pactum: vt docuimus cap. huius Decadis primo. Nos verò cùm aduerſus interpretes & pragmaticos diſputamus, non id agimus vt authoritate, ſed vt ratione vincamus.

ERROR NONVS.

De duobus pariter eam rem pignori accipientibus.

SVMMARIA.

1 *Res duobus pariter pignori data quatenus vtrique obligata cenſeatur: Martiani, vt creditum eſt, ſententia in l. ſi fundus. 16 §. ſi duo. D. de pignor.*

2 *In d. l. quæſtionem à Tribmiano eius interpolatore inepte propmi. & nu. 10.*

3 *Si pluribus eadem res ſimul pignori data ſit, æqualis erit omnium cauſa, & viriles partes fient.*

4 *Si pluribus eadem res ſeparatim oppignerata ſit, ei ſoli in ſolidum obligata erit, qui prior contraxit.*

5 *Fieri non poteſt vt eadẽ res vni iam in ſolidum obligata rurſus alteri aut in ſolidum, aut pro parte obligetur: cõtra Accurſ. & Bar. & n. 9.*

6 *Eadẽ re pluribus obligata, ſi anterior creditor ex poſterioris pecunia dimiſſus ſit, pignus poſterioris ipſo iure confirmatur.*

7 *Aliud eſſe pignori ſiue hypothecæ dari, aliud reuera & vtiliter obligari.*

8 *Qui res ſuas iam obligatas ſecundo creditori obligant, ſi creditorem non præmoneant incidunt in ſtellionatum.*

11 *Examinatur reſpõſio Triboniani ad quæſtionem in d.l.ſi fundus propoſitam: & d.l. exponitur.*

1 PROPONITVR hæc quæſtio † de duobus pariter eandem rem pignori accipientibus in *l.ſi fundus 16.§.ſi duo.D.de pign.* Si duo, inquit Marcianus, pariter de hypotheca paciſcãtur, inquantũ quiſque obligatã hypothecam habeat, vtrũ pro quantitate debiti, an pro partibus dimidiis, quæritur. Et magis eſt vt pro quantitate debiti pignus habeant obligatum. Sed vterque ſi cum poſſeſſore agat, quemadmodum; Vtrum de parte quiſque, an de toto, quaſi vtrique in ſolidum res obligata ſit? Quod erit dicendum ſi vtrique eodem die pignus datum erit ſeparatim: ſed ſi ſimul illi & illi, ſi hoc actum eſt, vterque rectè in ſolidum aget, ſi minùs, vnuſquiſque pro parte. Atque ita interpretes & pragmatici omnes ſentiunt. Quid enim aliud poſſint dicere quàm ad quæſtionẽ à Marciano propoſitam iiſdẽ ipſis Marciani verbis reſpondere? Et ſanè fatendum eſt vel nõ errare illos, vel ſi errant, dignos eſſe quorũ miſereamur potiùs quàm quibus ſuccẽſeamus. Ego ſi quid mei iudicij eſt, errare eos contendo, at ita tamen vt non ipſis ſuccenſeam, ſed Triboniano qui more ſuo ſub Iurecõſulti nomine & ineptam quæſtionẽ proponit, & ineptiore diſtinctione certiſſimã iuris rationem planè conturbat. Quæſtio † ipſa ſic cõcepta eſt, Si duo pariter de hypotheca paciſcantur, in quantum quiſque obligatam hypothecã habeat, vtrũ pro quantitate debiti an pro partibus dimidiis? In quo primùm illud obſeruandũ eſt dictionem *pariter* qua Tribonianus vtitur, ambiguam eſſe, vt & ſubiecta diſtinctio demonſtrat. Poteſt enim ſic intelligi vt duo ſimul & coniunctim, id eſt, vna eadémque conuentione pignus acceperint, & vt Bart. poſt Accurſium loquitur eodem momẽto. Poteſt ſic etiam, vt acceperint ſimiliter, ſed ſeparatim, id eſt ſimili, ſed nõ eadẽ conuentione, ſiue eodem, ſiue alio die. Vtrouis ſenſu inepta quæſtio eſt, &, vt dici ſolet, de indubitabili. Nã ſi pluribus † eadem res ſimul pignori data ſit, conſtat
3 æqualem omnium cauſam eſſe vt Paulus diſertè ſcribit, in *l.aliena res 20.§.1. D.de pign.act.* id eſt vt ego interpretor, vnicuique pro virili parte tum obligatam intelligi, licèt vni plus, alteri minùs debeatur, & ſiue pluris, ſiue maioris ſit cuiuſque pars illa virilis, quàm ſingulis debeatur. Non enim quantitas debiti ea eſt, quæ facit vt ex conuentione pignoris ius aliquod creditoribus acquiratur, ſed ipſa conuentio, quàm porrò ſingulis æquè prodeſſe neceſſe eſt, qui ſimul paciſcuntur. Ergo in virilis non in ſolidum. Nam & eo caſu quo in ſolidum in ſingulis acquiri poſſet ius obligationis, in dubio tamen diuideretur obligatio in viriles, vt cùm agitur de obligatione aduerſus plures acquirenda per vnicam ſtipulationem, ex qua plures debendi correos fieri nihil prohiberet ſi id ageretur, *l.reos 11.§.cum tabulis. D. de duobus reis.* Quantò igitur magis dicendum erit viriles fieri in ea conuentione interpretanda, ex qua ſingulis in ſolidum acquiri non poſſit? Atqui non poteſt eadem res pluribus ſimul in ſolidum eſſe obligata, non magis quàm dominij iure ad plures pertinere, vt mox probabimus. Conſequens igitur eſt, vt pluribus ſimul de eodem pignore paciſcentibus, æqualis ſit omnium cauſa, & viriles partes fiant, nec debiti quantitas in diuidendo conuentionis emolumento attendatur. Quòd ſi plures † pariter quidem, id eſt, ſimiliter, ſed
4 ſeparatim eandem rem pignori acceperint, nihil ſanè apertius eſt, quàm eſſe

soli

ſoli obligatam eſſe rem in ſolidum, qui prior contraxit, ſiue eodem, ſiue alio die poſterior contraxerit: quia fieri nullomodo poteſt vt concurrat in expreſſo præſentique pignore is qui contrahit poſterior. Addo *in expreſſo præſentique pignore* vt eum caſum excipiam quo tractetur de futurorum bonorum ſiue expreſſa, ſiue tacita obligatione, quæ quoniam habet tacitam conditionem, ſi quando bona illa debitori acquirentur, facilè admittit, vt poſſit interdum vincere tanquam anterior is, qui & tacitam duntaxat hypothecam habuit & poſterior contraxit, vt in eleganti illa ſpecie apud Papinianum in *l. ſi is qui mihi* 28. D. *de iur. fiſc.* de qua ſcripſimus *lib.* 2. *Coniect.* Et quidem quod ad eum qui & ſolus & prior pignus accepit, aut ad hypothecam conſtituendam de pignore tantùm conuenit, quin rem in ſolidum obligatam habeat, dubitare nemo poteſt. Hoc autem admiſſo, quod apud omnes in confeſſo eſt, dico fieri † non poſſe, vt eadem res vni iam in ſolidum obligata rurſum alteri aut in ſolidum aut pro parte obligetur. In eóque non ſolùm à Triboniano diſſentio, ſed etiam à Bartolo cæteriſque omnibus fortaſſe interpretibus, quibus nihil certius videtur, quàm vt diſtingui oporteat cauſam dominij à cauſa pignoris, in eo videlicet, quod quamuis eadem res in plurium dominio eodem tempore in ſolidum eſſe nequeat, pluribus tamen obligata in ſolidum eſſe poſſit. Quod quàm falſum ſit, ex eo ſanè apparet, quòd vt res aliqua pignori vtiliter obligari poſſit, eam neceſſe eſt non ſolùm in pleno debitoris dominio eſſe, ſed etiam adeò pleno & libero iure vt nihil ſit quod prohibere poſſit quominus pro arbitrio eam obliget. Etſi enim dici ſolet cauſam dominij nihil cum iure pignoris habere commune, *l.* 1. *de pignorib.* id tamen eò pertinet vt extincto debitoris dominio ſiue per alienationem, ſiue per vſucapionem, non idcirco pignus quod ſemel contractum vtiliter fuit, extinguatur. Cæterùm adeò pendet ius pignoris ex iure dominij, vt niſi dominus ſit debitor, aut domini conſenſum habeat, alienam rem obligare non poſſit. Inde autem infero, quòd quamuis debitor qui rem ſuam pignori dedit, eius dominium nihilominùs retineat, *l. cùm & ſortis* 34. *§. vlt.* D. *de pignor. act.* Eandem tamen rem alij priùs obligare non poteſt, quàm prioris pignoris ius & vinculum diſſoluerit, quia dominium quod nunc habet, non eſt ei liberum, cum ſit iam alij obligatum, & in eo vt creditor pignoratitius quandocumque volet id pro ſuo iure diſtrahere poſſit, & conſequenter impedire ne alius creditor diſtrahat, quandiu prioris pignoris vinculum ſubſiſtit. Quod certiſſimum argumentum eſt poſterioris pignoris inutiliter cõtracti. Veriſſimũ enim eſt quod & vulgò iactatur, inutile pignus eſſe quod diſtrahi nequeat. *l.* 4. D. *de pign. act.* Cúmque is qui comparauit à creditore iure ſuo diſtrahente, non ſolùm ius pignoris quod creditor habuit ſibi acquirat, ſed etiã ius dominij & proprietatis, *l. qui à creditore. C. de diſt. pig.* & adeò ſit ſecurus vt neq; à debitore ipſo, neq; à poſteriorib. debitoris creditoribus inquietari vnquam poſſit, nec ſi totum id quod priori creditori debitum fuit, aut etiam venditionis precium offeratur *l.* 1. *& tot. tit. C. ſi antiq. cred. pign. vendid.* planè non video quem effectum, quámve vtilitatem habere poſſit ea ſententia, quæ velit eandem rem vni iam in ſolidum obligatam, alteri quoque in ſolidum obligari potuiſſe. Siquidem pignoris ſemel vtiliter contracti vis & poteſtas illa eſt, vt numquam niſi ſoluto debito, aut conſolidato dominio extinguatur, imò vt dominij conſolidatione extinctum

oblato ſubinde creditori dominio reſtauretur, & vt ita dicam, reſſuſcitur, quandiu verum eſt pecuniam quæ fuit debita ſolutam non eſſe *l. ex ſextante §. 1. D. de except. rei iudic. l. debitor* 59. *D. ad S. C. Trebell. l. grege* 13. *§. etiã*, *D. de pignor.* Proinde ſi verum eſſet eandem rem pluribus in ſolidum ſeparatim obligari poſſe, fatendum eſſet alienato per anteriorem creditorem pignore, non minùs in poſterioris futurum poteſtate vt oblato ſaltem venditionis pretio pignus euinceret emptori, ſuúmque ius omnimodo tueretur, niſi paratus eſſet emptor ei offerre: qui tamen offerre nunquam cogitur, nequidem, quod magis mirum eſt, ſi dolo creditoris facta venditio ſit, niſi dolum emptor quoque participauerit, & illud præterea concurrat vt creditor qui vendidit, non ſit ſoluendo *l. vlt. C. ſi vendit. pign. agat.* Indéque nimirum illud eſt, quod Iureconſulti noſtri, quibus locis tractant de eadem re pluribus obligata, ſic loqui ſolent, vt poſterioris creditoris ius omne in eo conſiſtat, quod anteriori offerre, atque ita dimiſſo illo & extincta prioris pignoris obligatione pignus ſuum confirmare poſſit, *tot. tit. Qui potior. in pignor. hab.* Vt intelligamus poſterioris creditoris ius, nec vllum eſſe antequàm confirmatum ſit, nec confirmari poſſe, niſi dimiſſo anteriore creditore. Illud ſanè verum
9 eſt, quod Bartolum & cæteros feſellit, Eadem † re pluribus obligata ſi anterior ex poſterioris pecunia dimiſſus ſit, confirmari pignus poſterioris ipſo iure, id eſt, non eſſe neceſſariam nouam conuentionem de pignore, vt pignoris vinculum quaſi nondum contractum nunc demum contrahatur. Sufficit enim vt de pignore iam antè aliquando cõuentum ſit, licèt eo tempore quo pignus contrahi vtiliter non potuit, quia cùm pignoris obligatio (hypothecam intelligo non pignus propriè quod traditione duntaxat contrahitur) nudo conſenſu conſtituatur, fruſtra requiras nouam conuentionem vt inducas hypothecam quæ vires ſuas exerat ſublato quandocunque impedimento quod ex prioris creditoris potiore iure naſcebatur. Verum namque eſt conuentum fuiſſe de pignore, licèt pignoris vinculum nullum contrahi tunc potuerit, niſi ſub tacita quodammodo conditione, ſi quandoque prioris pignoris vinculum diſſolueretur, quod poſteriorem conuentionem inutilem faciebat. Itaque videas apud iuris autores tractari paſſim de eadem re pluribus pignori data, neque tamen vſquam ſcriptum reperias, in eadem re du-
7 plex vinculum pignoris eodem tempore cõſiſtere potuiſſe. Aliud † namque eſt pignori aut hypothecæ dari, aliud re vera & vtiliter obligari. Datur hypothecæ nuda conuentione, quæ ſi aliqua ratione impediatur ne effectum habere poſſit, facilè in id tempus differre poteſt obligationem quo ſublatũ erit impedimentum. Satis enim eſt, & materiam & formam adeſſe ex qua pignoris obligatio æſtimanda ſit, debitum & conſenſum. At non contrahitur hypotheca aut pignoris obligatio priuſquàm res quæ iam vni eſt obligata in eum ſtatũ reducta ſit vt alteri obligari poſſit, id eſt, priuſquàm ſit à priore
8 creditore liberata. Ex quo illud etiam eſt, quod qui † res ſuas iam obligatas ſecundo creditori obligant ſi non præmoneant ſecundum creditorem, perinde incidunt in ſtellionatum acſi rem vni venditam alij venderent aut obligarent *l. 3. D. de crim. ſtellion.* Ob idque vt periculum illud effugiant prædicere ſolent alij nulli rem eſſe obligatam, quàm fortè Lucio Titio, vt in id quod excedit priorem obligationem res ſit obligata, id eſt, vt ſit pignori hypothecæve id quo pluris eſt, aut ſolidum cùm primo debito libera res fuerit, inquit Caius in *l. & quæ nondum* 15. *§. qui res ſuas. De pignor.* Quibus

verbis

verbis ✝ an non apertiſſimè ſignificat fieri non poſſe, vt res quæ iam pignori 9
data eſt, quandiu primo illo debito libera non fuerit, alteri vlli ſit in ſolidum
obligata? Sed adhuc apertiùs iis verbis quæ ſequuntur. Sic enim habent, *De
quo videndum eſt vtrum ſe ita hoc habeat, ſi & conueniat, an & ſi ſimpliciter con-
uenerit de eo quod excedit vt ſit hypotheca. Et ſolida res ineſſe conuentioni vide-
tur, cùm à primo creditori fuerit liberata, an adhuc pars. Sed illud magis eſt quod
prius diximus.* Igitur ſolida res ineſſe conuentioni, & pignori data eſſe intel-
ligitur, ſecundo creditori ſed eo demum tempore quo à primo creditore li-
berata fuerit, non anteà. Et verò ſi vinculum pignoris in ſeruo quem verus
dominus vel pro minima ſumma obligauerit impedit dationem libertatis
l. generaliter 24. §. ſi quis ſeruo pignorato. D. de fideic. libert. nec directam dunta-
xat, ſed etiam fideicommiſſariam, vt contra Tribonianum à nobis diſputatum
eſt *lib. 15. Conie&tur.* quantò magis impediet, ne qua pignoris noua obligatio
contrahatur? Apparet ✝ itaque ex ſuperioribus non potuiſſe vlli ex prudenti- 10
bus in mentem venire vt dubitaret, duobus de hypotheca pariter paciſcen-
tibus inquantum quiſque obligatam hypothecam habeat, vtrum pro parti-
bus dimidiis, an pro debiti quantitate. Semper enim conſtitit, vel ſingulis in
viriles acquiri obligationem pignori ſi vna eadémque conuentione ſibi
omnes proſpexerunt, vel primo creditori inſolidum, licèt nonniſi pro debi-
ti quantitate, poſteriori verò nulla prorſus ex parte, ne quidem in id quod
priorem obligationem excederet, quandiu prioris pignoris vinculum dura-
ret. Nam cùm expreſſim adhibetur conuentio illa de qua Caius in *d. §. qui
res ſuas*, vt in id duntaxat quod excedit priorem obligationem, res ſit poſte-
riori obligata, non eum conuentionis effectum eſſe exiſtimandum eſt vt a-
liqua ex parte rem obligatam habeat poſterior creditor quandiu pignus an-
terioris durat, ſed illum duntaxat ne poſſit ſecundus creditor conqueri ſe de-
ceptum à debitore, & vt intelligat non aliam ſe ex pignoris conuentione v-
tilitatem ſperare poſſe, quàm vt dimiſſo propriis ſi volet numis anteriore
creditore pignus ſuum confirmet, ita vt ſolidam quidem rem exinde obliga-
tam habeat, ſed tamen ex noua cauſa præſtitæ litis æſtimationis, potiùs quàm
conuentionis ſuæ poteſtate, præterquàm pro ea quantitate quæ priorem ex-
cedit obligationem. Pro ea ſiquidem quantitate poſterior creditor pignoris
ſui ius acceptum ferre debet, non præſtitæ litis æſtimationi, ſed propriæ con-
uentioni, habito ſcilicèt reſpectu non tam ad ius pignoris quàm ad effectum.
Ius namque pignoris ſanè non niſi ob præſtitã anteriori creditori litis æſti-
mationem, nec niſi ex eo tempore poſteriori acquiritur, quo tamen facto, res
eò recidit vt perinde ſit acſi priori creditori obligatum pignus fuiſſet, ad eam
vſque duntaxat æſtimationem quæ quantitati debitæ reſponderet. Hæc cùm
ita ſint, videamus iam quid ad propoſitam quæſtionem ✝ Tribonianus cõtrà 11
reſpõdeat, *Et magis eſt*, inquit, *vt pro quantitate debiti pignus habeant obligatũ*,
Ergo ſi pro centum aureis obligatus ſit fundus dignus ducentis anteriori cre-
ditori, poſteriori verò pro quinquaginta, erit pars dimidia tantùm eius fun-
di obligata anteriori, poſteriori verò quarta, reliqua proinde quarta pars nul-
li. Hoc enim non minùs conſequens eſt, quàm ridiculum, & ineptum. Con-
ſtat ſiquidem pignoris obligationem indiuiduam eſſe, tùm etiam cùm hypo-
thecaria ad uerſus tertios poſſeſſores exercetur, *l. rem hereditariam 65. D. de
euict.* ac multò maiori ratione ſi contra ipſum debitorem, quem nos caſum
tractamus, Sequitur enim, *ſed vterque ſi cum poſſeſſore agat, quemadmodum?* Nam

ſi Tribonianum ſic intelligas, vt ſolida quidem res ſit anteriori creditori obligata, ſed ita tamen vt non niſi ad eam vſque quantitatem quæ debetur ei offerri oporteat, facias ſanè magis ridiculum qui id moneat de quo ne anus quidem dubitaret. Quis enim neſciat ſolui vinculum pignoris oblata ea quantitate quæ debetur, licèt pignus multò pluris eſſe proponatur? Deinde hoc ipſum quod dicimus obligatum eſſe pignus pro debiti quantitate, quid aliud eſt quàm eſſe obligatum in ſolidum? Atqui iam probauimus eandem rem pluribus eodem tempore in ſolidum obligatam eſſe non poſſe. Tum verò quid ſi non pluris res ſit quàm vni ex creditoribus debeatur? Quomodo fieri poterit vt vnuſquiſque pro quantitate debiti pignus habeant obligatum? An alteruter debiti ſui iacturam patietur? Vter verò? An potiùs pro rata portione de vtriuſque debito diminuetur? Hoc enim omnino explicandum erat: Sed neque diſtinctio illa prętermittenda quam Tribonianus neceſſariam putauit cùm agitur aduerſus tertium poſſeſſorem, an pignus eodem die vtrique datum ſit ſeparatim, an ſimul & ſemel. Taceo quod locutio illa quam nos ex Triboniani potiùs quàm ex noſtra ſententia vſurpamus parum elegans eſt dignáque Iureconſulto, vt pignus obligatum dicatur. Pignus enim cùm dicimus, iam ipſam quoque obligationem ſignificamus, ob idque ſolent Iureconſulti dicere *pignus datum* aut *pignori rem obligatam*, non autem *pignus obligatum*. Feréque ſimilis hic error eſt ei quem in ſuperioribus obſeruauimus De lege commiſſoria quam noſtri vocant pactum legis commiſſoriæ, eodem prorſus & perinde inepto loquendi modi, acſi dicerent *pactum pacti commiſſorij*. Nam & ſimiliter in propoſito qui pignus obligatum dicit, æquè ſtolidus eſt acſi diceret *obligatam rem obligatam*: cùm pignus nihil niſi rem obligatam ſignificet. Sequitur apud Tribonianum, *ſed vterque ſi cum poſſeſſore agat, quemadmodum*? (viden' Triboniani cõciſam eloquẽtiam?) *vtrum de parte quiſque, an de toto quaſi vtrique in ſolidum res obligata ſit?* Abſurda etiam & otioſa quæſtio. Contractum enim cum debitore vinculum pignoris cur diuerſo iure cenſeatur ſi contra poſſeſſorem quàm ſi contra debitorem ipſum agatur? Aut quis vnquam audiit ob alienationem pignoris à debitore factam meliorem effici vel deteriorem creditorum conditionem? Fateor aliter æſtimari litẽ, cùm hypothecaria exerceatur cõtra debitorem ipſum quàm ſi cõtra poſſeſſorẽ, vt nos docuimus *lib.15.Coniect.* ex Vlpiano in *l.ſi inter 21.§.vlt. eod.tit. De pignor.* quæ res ſanè Tribonianum fefellit, vt & in *§.in vindicatione eiuſdem.leg.ſi fundus* De quo ſcripſimus *lib.eod.15. coniect.* Sed aliud eſt de hypothecarię litis ęſtimatione, aliud de iure & vinculo pignoris quærere: ſiue nãque vnus ſiue duo pluréſue de pignore aut pariter aut ſeparatim paciſcãtur, ius pignoris ab initio tale contrahi neceſſe eſt, quale in perpetuum & aduerſus quoſcunque vnquã futurũ ſit: nimirum quia totũ pendet ex conuentione iuriſque poteſtate quæ non niſi vna eſt, & ſemel tantùm interuenire poteſt. Quod verò ad ineptam quæſtionem Tribonianus reſpondet, *quod erit dicendum ſi pignus eodem die vtrique datum eſt ſeparatim*, multò eſt ineptius. Quæſtio enim concepta erat de pignore duobus pariter dato. Reſponſio autem quæ ad quæſtionẽ accommodata eſſe debuit, de pignore eſt quod duobus datum ſit ſeparatim. Nam quod additur *eodem die* Triboniani inſcitiam apertiùs detegit. Quaſi verò pignus vtrique pariter datum eſſe intelligatur cùm datum eſt ſeparatim ſi modò eodem die. Id enim eſt quod ex hoc loco Bartolus notat, **Simul fieri dicenda ea**, quæ fiunt eodem die, licèt diuerſis momentis;

mentis:quo quid falſius?Imò verò cùm creditorum pignoratitiorum ius & ordinem ex contracti pignoris tempore æſtimamus, inſpiciendum tempus eſt de momento in momentum, vt qui vel momẽto vno ſi ſciri poſſet, prior conuenit de pignore potior etiam ſit iure. Tantum abeſt vt nihil interſit an eodem momento, an eodem die pignus datum ſit pluribus ſeparatim. Planè ſi neſciatur quis anterior ſit, licèt certum ſit datum fuiſſe ſeparatim, aliud nihil eſt quod meliùs dici poſſit quàm vt ambo concurrant in pignore, vt in *l.idémque* 7.D.*qui potior.in pign.hab.* non autem, quod Bartolus credidit, vt melior ſit conditio occupantis. Nemo enim in pignoris ſui ius ob id tantùm amittere poteſt quòd de pignore agat tardiùs. Sed hoc ita accipiendum eſt ſi ambo ſimul agant hypothecaria ſiue contra debitorem ipſum ſiue contra tertium poſſeſſorem. Nam ſi alter tantùm agat, non poteſt debitor ipſe aut alius quilibet poſſeſſor eum vindicantem pignus in ſolidum repellere pro parte, quaſi non habeat creditor rem illam niſi pro parte duntaxat obligatam. Non enim fiunt hæ partes niſi concurſu plurium creditorum, & quemadmodum is quoque qui poſteriore loco pignus accepit ſi anteriore creditore tacente hypothecariam exerceat non malè agere creditur eíque omnimodo offerendum eſt, ſi non tertius poſſeſſor ille ſit qui in anterioris creditoris iura ſucceſſerit, l.1.*& tot.tit.C.de his qui in prior.credit. iur. ſucceſſ.* Ita & multò magis fatendum eſt non habere reum, quiſquis tandem ille ſit, ius excludendæ pro parte hypothecariæ quæ in ſolidum exercetur ab eo qui pignus ſic accepit vt neſciri poſſit priórne an poſterior acceperit. Plus enim iuris habet ille, quàm ſi conſtaret poſteriorem eſſe: certè non minùs. Nequetamen ea res faciet vt alius creditor, de quo ſimiliter ignoratur an prior an poſterior prius acceperit, ius ſuum exequi prohibeatur. Habebit enim ille fundatam intentionem docendo ſe pignoratitium creditorem, nec poterit tanquam poſterior repelli ab eo qui ſe anteriorem probare non poſſit. Ita fiet vt tum demum concurrant in viriles & æquales partes, perinde acſi ſimul & coniunctim pignus accepiſſent, vt in *d.l.aliena res* 20.§.1.*De pignor. act.* Niſi fortè quis probabilius eſſe putet vt qui pignora perſequitur aduerſus tertium poſſeſſorem eundémque hypothecarium creditorem, non aliter videri debeat habere fundatam intentionem ad aufferendam reo poſſeſſionem, quàm ſi ſe anteriorem eſſe probet. Quo enim alio iure euincat, in cóque poſſeſſionis commodum aliquod eſſe debere videtur, licèt alioqui differat pignus à dominio in eo quòd non ſicut inter emptores ita & inter creditores pignoratitios præfertur is cui priùs tradita poſſeſſio eſt, *l. quoties* 15. C.*de rei vindic.* ſed is demum qui prior de pignore conuenit, tametſi pignoris, aut vt meliùs loquar, hypothecæ poſſeſſionem nunquam acceperit. *l.* 1.*& paſſ.qui potior.in pign. hab.* D.& C. ſecundum quam ſententiam quæ proculdubio nobis magis probatur, verum erit quod Bartolus voluit, meliorem fore occupantis condicionem, ſed alia & meliore ratione quam ipſe exiſtimauerit, imò & alio ſenſu. Occupantem enim ipſe intelligit eum qui prior agat, ego verò eum qui prior poſſeſſionem pignoris & hypothecæ nactus ſit, dum ne eo tempore quo iam alius agere cœperit. Neque enim poteſt quicquam imputari ei qui non eſt negligens in agendo, licèt per debitoris aut poſſeſſoris tergiuerſationem fiat vt poſſeſſionem tam citò nanciſci non poſſit. Subiicit Tribon. *Sed ſi ſimul illi & illi, ſi hoc actum eſt vterque rectè in ſolidũ aget, ſi minùs vnuſquiſque pro parte.* Hoc verò etiam falſum eſt: Poſſe vtrũque

rectè in ſolidum agere de pignore, tametſi ponas hoc actum eſſe vt vtrique pignus in ſolidum teneretur, quia neque hoc agi poteſt, cùm fieri nequeat vt duobus ſimul eadem res in ſolidum ſit obligata, ita vt poſſit vterque rectè in ſolidum agere. Nam ſi quo caſu fieri id poſſet, tunc maximè id fieret cùm duo rei credendi conſtituti eſſent, in quorum ſcilicet perſonis ſingulis conſtat obligationem totam, agendíque in ſolidum ius conſiſtere *l.2. D. de duob. reis.* Obligatio namque pignoris ſequitur naturam & condicionem obligationis perſonalis, atqui fieri nunquam poteſt vt pluribus reis ſtipulandi in ſolidum ſimul agere ſingulis permittatur, quia occupanti totius iuris exercitio ſoli acquiritur, adeò vt ſi ſemel vnus ex iis egerit, alteri promiſſor offerendo pecuniam nihil agat *l. ex duobus 16. eod.* perinde acſi ita ſtipulati eſſent *ſi illi non dederis, mihi dabis*: vt in *l. ſi Titius 9. D. de verb. oblig.* Multò minùs igitur fieri poteſt vt ambo ſimul agant rectè in ſolidum de pignore. Et conſequenter diſtinguere Tribonianus debuit, cùm ſimul illi & illi pignus datum eſt an facti ſint ij correi credendi, an non: vt priore caſu in ſolidum quidem pignus ſingulis obligatum ſit, ſed ita tamen vt occupantis futura ſit tota actio, nec ſimul rectè in ſolidum agere ſinguli vnquam poſſint, poſteriore verò caſu non niſi pro virili parte agere ſiue coniunctim, ſiue ſeparatim quiſque poſſit, *d. l. reos 12. §. cùm tabulis. De duob. reis.* Quæ cùm ita ſint quis non Triboniano potiùs quàm Marciano tribuat totam hanc diſtinctionem, quæ à vera rectáque iuris ratione tantopere abhorreat? Quo admiſſo illud etiam facilè ſibi omnes perſuadebunt, cætera quæ nos tota ea lege à Triboniano corrupta & immutata diximus, neque Marciani elegantiæ, neque iuris rationi conuenire. Sed illud præſertim quod docuimus ſupr. cap. 7. ad *§. vlt. d. l. ſi fundus*, de verbis illis delendis, *Hoc enim caſu videtur quodammodo conditionalis eſſe venditio.*

ERROR DECIMVS.

De hyperocha quam vulgo pluriſualentiam appellant.

SVMMARIA.

1 Hyperocha nomen Græcum veteribus interpretibus, ipſi quoque Haloandro incognitum fuiſſe.

2 Similiter & antichreſis vocabulum.

3 Hyperocha quid ſit ex Cuiacio: quid item ex autoris ſententia, nu. 4. & 5.

6 Error pragmaticorum de pluriſualentia, ſeu hyperocha.

1 HYPEROCHAE nomen elegans ſicut græcum eſt, aut ex græco latinum factum, ita veteribus interpretibus quibus ſollenne erat dicere *græcum eſt, non legitur*, prorſus incognitum fuit. Imò &, quod magis mirum eſt, Haloandro in græca licèt lingua, meliùs ſane quàm in iuriſprudentia, verſato, qui apud Tryphoninũ in *l. quærebatur 20. D. qui potior. in pignor. hab.* vbi duobus locis hyperochæ mentio fit, pro hyperocha hypothecam poſuit, quaſi vitioſa eſſet lectio florentina: quomodo & veteres omnes gloſſatores egerunt, nihil in eo abſurdi eſſe exiſtimantes ſi quis dicat *hypothecham obligari* aut *hypothecam pignoris* acſi non idem eſſet pignus, quod hypotheca, ſi ipſius rei & actionis hypothecariæ

Digitized by Google

hypothecariæ effectus ſpectetur. Eadem illis errandi cauſa fuit quod ad an-
tichreſim † attinet. Nam & quid antichreſis eſſet, quia græcum nomen fuit, 2
penitus ignorarunt, neque dubitarunt legere *antiphenam* pro *antichreſi* in *l. ſi
is qui 11. §. ſi* ἀντίχρησιν. *D. de pignor.* in eáque *antiphonæ* dictione explicanda nõ
parum inſudat eo loco Bartolus vt ſubtilem agere videatur, ſumpta ex anti-
phonis quæ ante pſalmos Dauidicos in ſacroſancta Dei eccleſia cantari ſo-
lent, interpretatione. Primus Andreas Alciatus fuit, qui vtrunque nomen iam
pene interpretum barbarie obliteratum reſtituit, & quid antichreſis, quid
hyperocha eſſet, ex græci ſermonis, ſimúlque iuncta Romani iuris ratione, fe-
liciter non minus quàm eruditè explicauit. Sed de antichreſi quidem, iam
ſatis multa ſcripſimus in ſuperioribus Decadibus. Nonnulla etiam fortaſſis
in ſequentibus, ſi quid occurret, adiecturi. De hyperocha † nunc aliquid di- 3
cendum nobis eſt. Eam poſt Alciatum definit Iacob. Cuiacius *lib. 4. obſer-
uat. cap. 25.* vt nihil aliud ſit quàm id quod plus eſt in pretio fundi quàm in
credito prioris creditoris. Non malè, ſi pignoris duntaxat hyperocham defi-
nire velis, de qua in *d. l. quærebatur*, & in *l. & quæ nondum 15. §. qui res ſuas. D.
de pignor.* Verùm tamen † patet latiùs hyperochæ nomen quàm vt ad cauſam 4
pignoris coanguſtari debeat: Nam & eius rei quæ nullo pignoris vinculo
teneatur, hyperocham dicimus, ſi qua fortè res vendita ſit viliore pretio ſiue
ſub pacto de retrouendendo, quod ab antiquis illis fiduciis quas in pigno-
rum mancipationibus frequentari ſolitas fuiſſe ſuprà diximus, originem tra-
xiſſe videtur, ſiue tanta interueniente in pretio læſione vt ex ea cauſa reſcin-
di venditio poſſit, emptorique, ni quod iuſto deeſt pretio ſuppleat, res auffer-
ri. Quamquam hoc ſenſu vix ſanè eſt vt hyperochæ nomen à prudentibus
vſurpatum reperias, quibus ſcilicet inauditum fuit ius illud quod ex tempo-
re latæ à Diocletiano & Maximiano conſtitutionis quæ extat in *l. 2. C. de
reſcind. vendit.* tam frequens eſt vt nullum aliud frequentius. De reſcinden-
da venditione quoties vltra dimidiam iuſti pretij venditor læſus proponitur.
Sicut nec pacti de retrouendendo mentio vlla eſt in prudentum reſponſis,
non quòd fuerit vnquam iure ciuili improbatum, vt conſtat ex *l. 2. C. de pact.
int. empt. & vendit.* & *l. j. C. quand. decret. opus non eſt.* Sed ideo, ni fallor, quòd
proximè accedat venditio quæ fit ſub pacto illo ad naturam pignoris fidu-
ciarij quod per mancipationem contrahebatur, vt docuimus in præceden-
tibus, & quarum olim frequentiſſimum vſum fuiſſe conſtat non ſolum ex
Pauli ſententiis ſub *tit. D. pignor. & De leg. commiſſ.* ſed ex ipſa etiam Conſtã-
tini lege quæ fiducias iſtas omnes antiquauit, adeóque omnem earum me-
moriam deleuit, vt loquitur *l. vlt. C. de pact. pignor.* non alia ratione, vt con-
ſtitutio ipſa præ ſe fert, quàm quòd ſub fiduciæ obtentu creſceret in dies ma-
gis ac magis aſperitas legis commiſſoriæ, id eſt, vt interpretati ſumus, manci-
pationis pignorum in qua lex commiſſoria adhibebatur, creditoribus nimi-
rum facilitate & inopia debitorum ad impij lucri captandi occaſionem abu-
tentibus. Videbatur enim ea contrahendi ratio expeditior fœneratoribus,
qui non tam id agebant vt ſibi rem alienam acquirerent quàm vt pecunias
ſuas ſub grauiſſimo fœnore in contractus liciti ſpeciem collocarent. Vnde
& illud fit quod interpretibus placet, venditionem factam ſub pacto de retro-
uendendo, ſi immodica læſio interuenerit, & accedat fœnerandi conſuetu-
do in emptore ſimulatam videri, & pro contractu pignoratio potiùs
quàm pro emptione habendam eſſe. Quamquam hæc ſententia non omni-

no à nobis probatur,ſed eo demum caſu quo emptor eiuſmodi contractus quàm plures fœnerandi gratia inire ſolitus eſſe proponatur, & probetur, quemadmodum ſuo loco diſputauimus. Cæterùm ne ab inſtituto de hyperocha tractatu longiùs aberremus,cùm nihil aliud ſit hyperocha quam quod Latini aut potiùs barbari *pluriſualentiam*, Galli, *plusualue ou preualëce* appellant, nemo dubitat quin extra cauſam pignoris hyperochæ vſus quàm plu-
5 rimus eſſe poſſit.Itaque rectiùs, meo iudicio & generaliùs hyperocham ſic definieris,vt ſit id quo pluris res eſt ſiue obligata,ſiue vendita,aut in ſolutum
6 data ſit.In eo autem pragmatici errant quod pluriſualentiam hanc(ſic enim cum iis loquendum eſt, quia quid hyperocha ſit, non intelligunt) ſeparant à re ipſa,quaſi aliquid ſit diſtinctum,& in iure potiùs quàm ipſa in re conſiſtens, ita vt eius qui hyperocham vel emerit, vel pignori acceperit, longè aliam ferè in omnibus rationem conſtituant,quàm ſi rem totam aut emiſſet aut pignori accepiſſet. Ego verò didici nihil aliud eſſe hyperocham quàm rem ipſam cuius hyperocha eſt, ſed cum hac tamen adiectione, poſtquàm ius omne poſſeſſoris in ea ipſa reconſtitutum penitus ſublatum, & extinctũ fuerit. Nam quemadmodum proximè diſputabamus, fieri non poteſt vt non ſit creditori obligata in ſolidum ea res quæ tota obligata eſt,licèt multò pluris ſit,quàm illud eſt quod debetur:Nec ſimiliter vt non ſit emptori in ſolidum acquiſita ea res, quæ tota vendita fuit quantacunque læſio interuenerit:nimirum,quia differt omnino pretium rei à re ipſa,nec cum ea quicquam hac parte commune habet, adeò vt tùm etiam cùm res venditur, pretium non tam ex re, quàm ex negotiatione ipſa percipi exiſtimetur *l.venditor.* 21. D. *de hered.vel action.vendit.*Proinde quandiu poſſeſſoris ius durat, non poteſt videri quicquam iuris in re habere is qui hyperocham duntaxat habet, ſed ad rem duntaxat,vt poſſeſſoris ius oblato omni eo quod ei debetur, poſſit diſſoluere:quo demùm diſſoluto non iam de hyperocha quærendum eſt, ſed de re tota,non ſecus acſi tota in obligationem & conuentionem deducta eſſet. Quam in ſententiam textus eſt & apertiſſimus, & accommodatiſſimus in *d.l.& quæ nondum* 15.§.*qui res ſuas* .D.*de pignor.*vbi Caius ſcribit hoc ipſum quos nos volumus hyperocha pignori data videri ſolidam rem ineſſe conuentioni cùm à primo creditore fuerit liberata.

ANTONII FABRI IC.

DECAS VIGESIMA SECVNDA.

ERROR PRIMVS.

De differentia addictionis in diem,& venditionis factæ ſub pacto de retrouendendo.

SVMMARIA.

1 *Quàm affines conuentiones putent pragmatici venditionem factam ſub pacto de retrouendendo & addictionem in diem.*

2 *Venditio quæ ſub pacto retrouendendi contrahitur quatenus magis accedere videatur ad addictionem in diem, quàm ad legem commiſſoriam.*

3 *Quantum dictæ conuentiones inter ſe differant,autoris ſententia.& ſeqq.*

4 *Reſoluta venditione facta ſub pacto commiſſorio aut addictionis in diem, dominium ipſo iure redit ad venditorem*

ſeme

Secus cùm venditio facta eſt ſub pacto de retrouendendo.
5 *Alia inter dictas cõuẽtiones differentia.*
6 *Venditio ſub pacto de retrouendendo quatenus ſimilis fiducia, quatenus diſsimilis.*
7 *Error Budæi.*

DIXIMVS ſuperiore Decade de pacto legis commiſſoriæ tam
in pigneribus, quàm in venditionibus. Dicendum nunc ali-
quid eſt de pacto addictionis in diem, itémque de venditio-
ne facta ſub pacto de retrouendendo : qui tractatus in foro
frequentiſſimus eſt, ſicut & hoc genus venditionis. Sunt au-
tem inter † pragmaticos non pauci, qui conuẽtiones iſtas vſ- 1
queadeò affines eſſe putant vt venditionem quæ facta ſit ſub pacto de re-
trouendendo non dubitent addictionem in diẽ appellare, inſpecto, inquiunt,
euentu & effectu conuentionis, quia ſi intra præſtitutum diem pretium ven-
ditionis reſtituatur perinde ab emptione receditur, reditque dominium ad
venditorem, acſi fundus in diem addictus, & intra eam diem melior condi-
tio allata eſſet. Vtroque ſiquidem caſu pretium emptori redditur, ſed cùm
addictio in diem facta eſt, non aliter quàm ſi melior conditio ab alio offe-
ratur. Cùm verò venditio pactum habet de retrouendendo, illud ſolum in-
ſpicitur an venditor pecuniam pretij habeat quam poſſit reddere, non etiã
à quo eam habuerit. Et ſanè vẽditio † quæ ſub pacto retrouendendi contra- 2
cta eſt propiùs accedere videtur ad addictionem in diem, quàm ad legem
commiſſoriam. Quia licet venditio facta ſub pacto commiſſorio perinde ac
ea quæ fit ſub pacto adddictionis in diem purè contracta intelligatur, perfe-
ctáque (quoniam ſolo conſenſu, pretiíque conuentione perficitur) non ta-
men impleta dici poteſt ex parte emptoris qui pretium nunquam perſoluit.
Implementum nãque venditionis ex latere venditoris in eo cõſiſtit, vt rem
tradat eiúſque dominium quod habet transferat in emptorem. Ex parte ve-
rò emptoris vt pretium det venditori *l ex empto* 11. *l. ſi quis alienam* 46. D. *de
action. empt.* Porrò legis commiſſoriæ in venditionibus formula illa eſt, vt ſi
ad dictam diem pretium venditionis ſolutum non erit, res ſit inempta. Ideó-
que minùs durum eſt reſolui vẽditionem licèt bona fide contractam, priuſ-
quàm omni ex parte ſit impleta. At venditio quæ fit ſub pacto addictionis
in diem, non tantùm pura eſſe conſenſúque perfecta dicitur, ſed etiam im-
pleta per traditioné rei vẽditæ ex parte vẽditoris, & ſolutioné pretij ex parte
emptoris, priuſquam ob allatam meliorem conditionem reſoluatur : non
quod neceſſe ſit reſolui pretium à priore emptore (verba. n. conuen-
tionis faciunt potiùs, vt vix ante diẽ ſoluere prior emptor debeat) ſed quia
nihil prohibet quominùs pretium etiam in ipſo venditionis exordio ſol-
uatur, vt Pap. ait in *l. vlt. ill. s. de in diem addic.* Idem contingit in venditione
facta ſub pacto de retrouendendo. Priùs. n. impletur quàm reſoluatur,
nec tam facilè in hanc ſpeciem cadit dubitatio illa quæ in pacto legis
commiſſoriæ aut addictionis in diem occurrit, an venditio ſub conditione
facta videri debeat, an purè potiùs, ſed quæ tamen reſoluatur ſub condi-
tione, quo prudentes diſputant in *l.* 2. D. *de in diem addic.* & *l.* 1. *de leg.
comm.* & quid inter contrahentes actum ſit, inſpici volunt. Neque enim
formula conuentionis repugnat quominùs vtrauis interpretatio capi
poſſit, licèt in eam ſententiam procliuiores ſint vt purè contracta ven-
ditio intelligatur, & poſtea ſub conditione reſoluatur. Denique qui
rem ſuam vendit ſub pacto de retrouendendo certa die in eam rem

Digitized by Google

conſtituta, videtur quodammodo in diem ſi non addicere, ſaltem alienare. Mihi tamen quàm maxima inter huiuſmodi conuentiones differentia eſſe ſemper viſa eſt. Nam ex lege commiſſoria aut ex pacto addictionis in diem, ſiue puram ſiue conditionalem venditionẽ initam eſſe dicas, reſoluitur venditio in ſuo caſu ſola pacti poteſtate, nec in eam rem noua conuentione aut traditione vlla opus eſt: quia huiuſmodi conuentionum formula eò pertinet vt fundus inemptus fiat.i.nunquã emptus, nunquam venditus: Ob idq; nimirum hæ conuentiones parum fauorabiles exiſtimantur, quòd venditionem cui adhibentur deſtruant, quam perficere potiùs deberent: quódq; dominium emptori quæſitum ei auferant nullo ipſius facto intercedente: quia nec niſi ea lege dominium rei ſuæ in emptorem transferre venditor voluit. Perpetuũ.n. eſt vt cuilibet liceat cum rem ſuam alienat, legem alienationi quam velit dicere, imò illam etiam quę inutilis futura eſſet, *l. ei fund. 19. D. de ſer. l. venditor. 13. D. cõ præd.* At cùm venditio fit ſub pacto de retrouendendo non ſolùm pura venditio contrahitur, ſed ita vt nec vnquam ſub conditione reſoluatur: quod pauci, vt puto, crediderint, nemo certè in hunc vſque diem dixit, aut animaduertit, ſiquidem retrouenditio illa quam ex conuentione fieri neceſſe eſt, non tam prioris venditionis reſolutio quàm ſecunda venditio eſt, atq; ita prioris potiùs quædam confirmatio. Nam cum huiuſmodi pacto id omnino agatur vt per retrouenditionem dominium rei venditæ quod à venditore tranſlatum fuerat in emptorem recurrat ab emptore ad venditorem, non tanquam ab emptore, ſed tanquam à nouo venditore, qui per traditionẽ dominus effectus alium dominum facere poſſit, prorſus neceſſarium antecedens illud eſt, vt prioris venditionis ſalua poteſtas maneat, ſine qua non niſi fruſtra de transferendo per retrouenditionem dominio is ageret qui ex reſoluta aut reſoluenda venditione plenum ſibi dominium non quæſiuiſſet. Quod in lege commiſſoria, & pacto addictionis in diem diuerſum eſt, quibus ſcilicet id quidem agitur vt dominium quod fuit quæſitum emptori redeat ad venditorem, at non tanquam ab emptore rurſus tranſlatum in venditorem, ſed potiùs quaſi nunquam factum emptoris ob reſolutam pacti poteſtate venditionem. Inde verò differentiæ aliæ, quàm plurimæ naſcũ-
4 tur, ſed præcipuæ duæ, quarum vna & prima illa eſt, quòd reſoluta venditione quæ facta fuerat ſub pacto commiſſorio aut addictionis in diem, ſiue ob non ſolutum ſua die pretiũ, ſiue ob allatam intra diem præſtitutum meliorẽ conditionem, dominium ipſo iure redit ad venditorem. i. ita vt nullo facto nulláq; retrotraditione opus ſit, *l. vbi autem 4. §. ſed & Marcellus, & paſſ. de in diem addi. l. ſi fundus 4. & ſeq. de leg. comm.* Quod ſanè mirum videri poſſit cùm dici ſoleat dominia traditionibus transferri non pactionibus. *l. traditionib. 20. C. de pac.* traditionem verò facti eſſe, ideóque nec conuentione vlla fieri poſſe, vt quod factum pro infecto habeatur. Sed ratio eſt, quia non omnis traditio transfert dominium, ſed ea demum quæ non eſt nuda, i. quæ cauſam habet, & quidem iuſtam ac legitimam, qualis illa eſt quæ fit ex titulo emptionis. *l. nunquam nuda 20. D. de acqui. rer. dom.* Proinde tandiu duntaxat poteſt ea traditio prodeſſe ad dominium transferendũ quandiu emptio ſubſiſtit. Nam ſtatim atque finitur emptio quòd ab ea diſceſſum ſit ex partium conuentione, deſinit cauſam habere traditio, nec videtur vnquam habuiſſe, cum fundus licèt reuera emptus in eam cauſam deducatur, vt haberi debeat pro inempto. ſc. propter conuentionem quæ non poſt contractam perfe-
ctámque

ctáque venditionem, ſecutáq.traditionẽ facta ſit (nã niſi integris aut in inte-
grum reſtitutis omnib.ab emptione diſcedi non poteſt, ne mutuo quo qui-
dẽ cõſenſu, *l.ab empt.*58.*D.de pact.* ſed in ipſa vẽditione ineunda, & eo tẽpore
quo legẽ vẽditioni dicere cõtrahẽtes potuerũt, qualẽ voluerũt. Ac cũ vẽditio
fit ſub pacto de retrouendendo.i.cum hoc actũ fuit vt quod iã ego tibi præ-
ſtiti, tu contrà præſtare mihi cogaris, non tam hoc agitur vt à priſtino nego-
tio diſcedatur, quàm vt nouæ quædã obligationes conſtituantur, inquit Ne-
ra.in *d.l.ab empt.in fi.* vbi addit, conuentione quę pertineat ad reſoluẽdum id
quod actum eſt, perfici hoc nullomodo poſſe, vt quod ego tibi iã tradidi, tu
contra mihi tradere tenearis. Reſolui.n.contractus dicitur cum in eum ſtatũ
res deuenit vt contractus nullus vnquã initus eſſe videatur. Atqui retrouen-
ditio, ſiue facta, ſiue facienda ſit nõ effi cit vt prior vẽditio pro non facta ha-
beatur, ſed contrà potiùs vt factã eã eſſe neceſſe ſit, adeóq.ſubſiſtere ad hoc vt
retrouenditioni locus fiat. Et conſequenter ſicuti venditio nuda, id eſt, quæ
traditionis adminiculo deſtituta eſſet, transferre dominium in emptorem nõ
poſſet, ita neq.dominium quod ex vtili & nunquã finita venditione emptori
acquiſitum fuit, ad venditorẽ recurrere vllomodo põt, niſi per mediã retro-
traditionem per quã ſc.ſecunda venditio perinde impleatur, atq.propriã im-
pleta fuit. Deniq.per pactũ de retrouendendo id agitur, vt qui nunc emptor
eſt fiat aliquando verus vẽditor, nõ vt deſinat eſſe emptor, itémq.vt viciſſim
fiat emptor qui nec eſt venditor, nec idcircò tamen vẽditor eſſe deſinat, quia
cũ duplex venditio ſit, nõ implicant iſta contradictionẽ. Alia †differentia eſt 5
quod ad rei venditæ fructus attinet. Nã cũ venditio purè facta eſt, reſoluenda
tamen ſub cõditione legis cõmiſſoriæ aut addictionis in diẽ, conſtat fructus
oẽs medio tẽpore perceptos ad emptorẽ pertinere, ſed ita tamen vt reſoluta
venditione, ſiue ob non ſolutũ pretiũ, ſiue ob allatã meliorem conditionem
omnes eos, & integros vẽditori reſtitui oporteat *l.2.§.vlt.l.4.§.1. & §. idem
Iulian.2.l.itẽ quod dictũ 6.de in diẽ addi.d.l.4.de leg.cõm.* Idq; aperta ſanè re-
ctáq.ratione. Cũ.n.reſolui venditionẽ nihil aliud ſit, quàm pro eo haberi acſi
nũquã facta fuiſſet, dici nõ poſſet, quo iure emptor fruct⁹ illos retineret quos
nullo iure aut titulo percepiſſe exiſtimetur. Solẽt nãq. fructus tãquã acceſſio-
nes naturales ſequi cauſam dominij, & cõſequẽter ad venditorẽ recurrere eos
neceſſe eſt ad quẽ dominiũ fundi venditi recurrit ipſo iure, & ipſius poteſta-
te pacti, in ea venditione adhibiti, quæ ſola fructib. percipiendis causâ dedit,
& dare potuit. At cũ venditio facta eſt ſub pacto de retrouendẽdo, quãuis re-
trouenditio ſecuta ſit, nõ tamẽ fructus oẽs emptor reſtituit vẽditori ſed ſibi
retinet ſaltẽ pro rata tẽporis quo vẽditio ſtetit ſecundũ receptiorẽ interpre-
tũ & pragmaticorũ ſententiã. Nos.n.oẽs omnino fructus, quos emptor ſuo
iure.i.tanquã dominus perceperit ei relinquendos eſſe, nulláq.ex parte reſti-
tuendos arbitramur: vt fuſiùs diſputauimus in *Err.2.Decad.*10. Et ratio eſt,
quã, vt diximus, retrouẽditio non facit quominùs prior vẽditio facta eſſe in-
telligatur, quã ex cõtrario ſubſiſtere, & pro facta haberi neceſſe eſt vt retro-
uenditio vtilis ſequi poſſit. Ex quib.apparet huiuſmodi vẽditiones factas ſub
pacto de retrouendẽdo nihil cõmune habere aut ſimile cũ pacto legis com-
miſſ.aut addict.in diẽ. Dixerim †potiùs quod ſuperioris *Dec.6.vl.* iam attigi, 6
ſimiles eas eſſe fiduciis quæ olim cõtrahebãtur per mancipationẽ ſub ea lege
factã, vt ſi intra cõſtitutũ diẽ pecunia debita ſolueretur, remãcipatio fieret per
creditorẽ debitori. Nã & ex ea cauſa trãsferebatur in creditorẽ dominiũ rei

mancipatæ, nec niſi per contrariam mancipationem redibat ad debitorem.
Hæc tamen erat differẽtia quòd diſtractis à creditore fiduciis debitor habe-
bat contra eum de ſuperfluo actionem, vt Paul. ſcribit *lib. 2. ſent. t. 13. §. 1.* non
ſecus acſi pignus cõtractum fuiſſet, pluriſque venditum à creditore quàm il-
lud eſſet quod deberetur, *l. elegãter 24. §. ſi vendiderit. D. de pig. act.* Nimirum
quoniam ea contractus ſpecies quæ fiducia dicebatur, etſi à cõtractu pigno-
ris differebat, in multis tamen ad pignoris naturã & conditionẽ proxime ac-
cedebat, nec creditorib. vtilior quàm pignus erat, niſi quod ad fructus vt eos
creditor ſuos faceret, nec in ſortem imputare cogeretur, itémq. vt poſt diem
ſoluendæ pecuniæ dictã ſi diſtrahere fiduciam creditor nollet, nulla in eũ de-
bitori actio supereſſet, neq. ad remancipandum, neq. ad hyperochã fiduciæ æ-
ſtimandã præſtandãq. quippe quòd per mãcipationem creditor iure Quiritũ
dominus effectus eſſet, non ſecus ac ſi ex cauſa emptionis traditam rem acce-
piſſet. At qui emit ſub pacto de retrouendendo intra certum tempus, poſt ef-
fluxum id tempus liberã habet eius rei vendendæ poteſtatem, ita vt quamuis
multo maiore pretio diſtrahat, nulla tamen ob id actione venditori ſuo te-
neatur, quia verus emptor eſt, nec fuit vnquam creditor, niſi proponas ſimu-
latæ emptionis colorem quæſitum, vt in fraudem legis & legitimarum vſu-
rarum fœnus improbum creditor exerceret. Idque apud omnes in confeſſo
7 eſt. Ex quo † conſtat non ſatis cautè Budæum in Pandectas ſcripſiſſe, con-
uentionem de retrouendendo, eam ipſam eſſe omnino, quam veteres fidu-
ciam appellabant.

ERROR SECVNDVS.

De venditione facta ſub eo pacto vt ſi intra certum diem pretium à venditore ſit redditum, fundus inemptus fiat.

SVMMARIA.

1 *Ita contrahi poteſt venditio, vt ſi venditor pretium quòd ab emptore accepit intra certum diem reddiderit, res inempta fiat.*

2 *Dicta conuentio vt à lege commiſſoria & pacto de retrouendendo differat.*

3 *Quomodo item differat à conuentione, qua agitur, vt quod tibi praſtiti, tu viciſſim mihi praſtes.*

4 *d. Conuentionem proximè accedere ad legem commiſſoriam.*

5 *Quando conuenit vt reſtituto pretio fundus inemptus fiat, fructus anni quo reſtitutum eſt pretium an ſint diuidendi inter emptorem & venditorem diſputatio contra pragmaticos.*

6 *Contracta emptione etiam citra cõuentionem & moram debentur venditori vſura pretij ab emptore qui rei venditæ fructus percepit: ſicut & fructus rei venditæ emptori qui vſuras pretij perſoluit.*

7 *Reſoluta ex pacto venditione, inemptóque conſtituto fundo non ſequitur vſuras pretij ſoluendas eſſe emptori, ob id ſolùm quòd fructus à ſe perceptos venditori reddere compellatur.*

8 *In iudiciis bonæ fidei propter quid vſuræ debeantur.*

QVÆ ratio facit vt pura venditio cõtrahi poſſit ſub pacto addictio-
nis in diem aut ſub lege cõmiſſ. cuius poteſtate venditio ipſa ſub
cõditione reſoluatur, quoniã, vt in ſuperiorib. diximus, poteſt quiſ-
quis rẽ ſuã alienare, quã vult legẽ alienationi dicere, dũ ne implicet
cõtradictionẽ aut alia ratione impoſſibilis videri debeat. Eadẽ efficit ſuadét-
2 que ita cõtrahi † poſſe vẽditionẽ vt ſi vẽditor pretiũ quod ab emptore acce-
pit intra certũ diem reddiderit, fundus inemptus fiat, vt in ſingulari ſpecie *l.*
3 *ſi à ſe 7. C. de pat. int. empt. & vend.* quæ conuentio † differt ſanè à lege com-
miſſoria,

miſſoria, adeóque quod pragmatici non putant, & ipſi quoque interpretes ignoraſſe videntur à pacto de retrouendendo. A lege quidem cōmiſſ. quoniam cōcipitur illa in eum caſum quo pretiū vēditioni dictū ad cōſtitutā diē ſolutū ab emptore nō fuerit, hîc aūt ponimus ſolutū fuiſſe ab emptore, ſed eidem à venditore reddēdum intra certū diem. A pacto aūt de retrouendendo, quia per hanc conuentionē fit, vt fundus venditus ſit ipſo iure inemptus, nec proinde retrouenditione vlla opus ſit, at neq; retrotraditione vt dominiū rei vēditæ quod emptori ex cauſa venditionis ſecutæque traditionis acquiſitū fuerat, ad venditorem reuertat: cùm tamen ſi venditio facta ſit ſub pacto de retrouendendo, non ſolum venditio ſecunda, ſed etiam retrotraditio neceſſaria ſit ad hoc vt rurſum dominus fieri poſſit venditor, qui ſemel dominus eſſe deſiit. Cui non eſt contrarium quod nos in ſuperioribus docuimus, conuentione quæ ad reſoluendum hoc quod actū eſt pertineat, fieri nullomodo poſſe, vt quod ego tibi prę̨ſtiti, tu cōtra mihi pręſtare tenearis, *ex l. ab empt.* ¿.8. *D. de pac.* Aliud.n.eſt id agi vt quod tibi præſtiti, tu viciſſim mihi preſtes, quæ res ſanè ad nouas obligationes cōſtituendas reſpicit, potiùs quàm ad reſoluendum id quod actum eſt, aliud verò id agi, vt ſi tibi intra certum tempus reddidero, quod à te acceperam, nihil inter nos actum eſſe videatur, quoniam hoc caſu non de noua vlla obligatione contrahenda tractatur, ſed quod eſt omnino conſequens, de ea tantùm quæ contracta fuerat, diſſoluenda. Et quāuis vtriuſque conuentionis idem re ipſa effectus eſſe videatur, longè tamē diuerſa ratio eſt huius & illius ineundæ: ex quo potiſſimùm conuentiones omnes æſtimandæ ſunt, *l. ſi procuratorem.* 8. *D. mandat.* Effectus quidem vtriuſque conuentionis in eo idem eſt, quòd venditor rem à ſe venditam, emptor verò pretiū à ſe ſolutum perinde habet acſi nulla venditio, nulla emptio cōtracta eſſet; ſed tamen alio atque alio modo, nimirum in ſpecie *d. l. ſi à te*, ſola conuentionis poteſtate, interpoſito aut pacto de retrouendendo, non niſi per mediam retrouenditionem, quam etiam retrotraditio ſequatur. In ſpecie *d. l. ſi à te*, ſi ad dictam diem pretium emptori redditū ſit, aut accipere nolenti oblatū & obſignatū (quæ obſignatio ritè facta vim ſolutionis obtinet) in eum ſtatū reducuntur omnia vt nulla venditio vnquā inita exiſtimetur. In ea verò venditione quæ facta ſit ſub pacto de retrouendendo, ſi pacti executio ſecutā ſit, tātū abeſt vt nihil vnquā actū videatur, vt ex contrario duplicis venditionis integra vis & poteſtas eluceſcat. Vnde illud etiā fieri neceſſe eſt, vt in ſpecie *d. l. ſi à te*, fruct⁹ oēs quoſquos emptor ante redditū ſibi pretiū perceperit, vēditori reddere teneatur, ſicut eueniret contracta emptione ſub pacto legis cōmiſſ. aut addict. in diē, quia quoties fundus qui fuerat vēditus in eā cauſam deducitur, vt inemptus fiat ex ipſa venditionis lege, dici non poteſt quo iure fructus perceperit emptor, vt ſibi eos retinere poſſit. Poteſtas enim cōuentionis tollit effectum venditionis, & quemadmodum emptio nulla præceſſiſſe intelligitur, ita neque ius vllum percipiendorum fructuum, qui non niſi emptionis iure percipi potuerunt. Denique quamuis differat hæc conuentio, vt diximus, à lege commiſſ. & à pacto addictionis in diem, proximè tamen accedit ad legē cōmiſſ. non in eo ſolum quòd per vtrāque fundus qui venera fuit emptus, inemptus conſtituitur, ſed in illo etiam quòd reſoluendæ venditionis vtroque caſu eadem ratio & æquitas eſt, ne emptor & rem venditam ſimul & pretium habeat, quod nec bona fides pati poſſet, *l. bo na fides* 50. *D. de ac. emp.* Quid enim refert quod ad hanc rem pertinet an emptor ideò 4

Digitized by Google

pretium habeat, quod nunquam illud ſoluerit, vt ſit in caſu legis commiſſ. an ideo potiùs, quod iam a ſe ſolutum venditori poſtmodum ab eodem venditore redditum acceperit? An non enim vtroque caſu perinde euenit, vt & rẽ habeat & pretium? Dices fortaſſe, imò verò inter hos caſus quàm plurimum intereſſe præſertim quod ad fructuum cauſam ſpectat, quia in caſu legis commiſſ. emptori poteſt imputari cur ad dictam diem non ſoluerit pretium, maxime verò traditione ſecuta ex parte venditoris. At in ſpecie *d. l. ſi à te*, nihil eſt quod videatur imputari poſſe emptori, qui & accipiendo rem venditã pretium eius perſoluit, & cum accepit pretium, nõ potuit recuſare quominus legem venditionis vẽditor exerceret. Proinde ratio iuris & æquitatis ſuadere videretur, vt interim perceptos fructus ſuos faceret, nec reſtituere vllos teneretur, ſaltem pro ea temporis parte, quo venditio conſtitiſſet, ne dum id agimus ne emptor & rem & pretium habeat, contrario errore curemus, vt venditor & re & pretio ſimul fruitus eſſe videatur. Nec ſanè magno æquitatis prætextu caret hæc ſententia, quã à pragmaticis omnibus probatam video, &
5 in tribunalibus paſſim receptam. Et verò ſi admittas, quod † illi volunt tum etiam cùm facta eſt venditio ſub pacto de retrouendendo, ſecutúmque pacti implementum fructus vltimi anni (de reliquis enim nec dubitatio, nec dubitandi cauſa vlla eſt) inter emptorem & venditorem pro rata temporis diuidi oportere, multò magis aut ſaltem æquè facilè admittere illud debeas, Diuidi etiam illo caſu debere, quo pretium à venditore emptori reſtitutum ſit, & factus ex cauſa inemptus fundus. Non enim maiorem hoc caſu facias iniuriam venditori cui nos fructus omnes reſtituendos eſſe contendimus, quam illo caſu emptori ad quem fructuum omniũ commodũ, quos ante retrouẽditionẽ perceperit, ſpectare debere ſuo loco probauimus. Sed tamẽ ſi propiùs intueare, iuris ratio nõ patitur, vt in ea ſpecie de qua tractamus ea fructuũ diuiſio admittatur. Implicat enim cõtradictionẽ, vt fũdus inemptus fiat, & tamẽ fructus ab emptore percepti emptionis iure retineantur. Quòd ſi nõ emptionis iure, quo igitur alio? Taceo quod imputari poteſt emptori, cur ita cõtraxerit, nec melius ſibi proſpexerit, ne & fructuũ, & vſurarum iacturã ſentiret. Quanquã nec vlla cõuentione fieri poſſe arbitror, vt fructus emptor lucretur, in eũ caſum quo fundus inẽptus fiat, ſecundum id quod à nobis in ſuperioribus ſæpiùs inculcatum eſt, conuentione fieri non poſſe ea quæ ſunt impoſſibilia, in quorum genere potiſſimum illa ſunt, quæ implicant contradictionẽ. Nullàne igitur ratione huic iniquitati proſpici poterit ne venditor eodem tẽpore & re & pretio fruitus eſſe videatur? Imò verò facilè ſibi proſpexerit emptor, ſi velit. Nimirùm adhibita conuentione non de fructibus lucrandis, quod ſanè fieri nullomodo poteſt, ſed de pretij vſuris ſimul cum pretio ipſo reſtituendis, in eum caſum quo inemptũ fundum facere venditor volet. Nihil enim eſt, quod hanc impugnet conuentionem, ideóque ſi omiſſa ea ſit, tantò magis de ſe conqueri emptor debet, quod cautiùs non ſit negotiatus: quódque pecunia ſua tantillo tempore carere tanti æſtimauerit, vt acquirendæ pleno iure rei venditæ ſpem ſibi cõpararet. Nemo enim dixerit deberi poſſe vſuras citra conuentionem ex ſola æquitate contractus qui fuerit reſolutus. In quo vſurarum cauſam minùs fauorabilem eſſe quàm fructuum iam ſæpiùs in nobis traditum eſt, quòd non, ſicut fructus, acceſſiones naturales ſint, ſed quæ magis ex iure & negotiatione proficiſcuntur, *l. ſi nauis* 62.

D. de

D.de rei vindic.l.vſura pecuniæ 121.*D.de verb.ſignific.* Neque verò ſi quis ab
alio pecuniam acceperit,eámque per aliquod tempus retinuerit, ſtatim con-
ſequens eſt quòd ea vſus fuerit, & ex vſu ac negotiatione commodum ſen-
ſerit.Potuit enim otioſam habere,aut damnoſam negotiationem feciſſe, aut
ſibi aduerſus imminens damnum proſpexiſſe, potius quàm lucrum ſenſiſſe,
vt proinde nihil cauſæ ſit cur eripiẽdi commodi gratia debeat in vſuras con-
demnari. Aliud enim eſt fieri quem locupletiorem, aliud non fieri paupe-
riorem. Scio contracta † emptione & quandiu bonæ fidei contractus ſubſi- 6
ſtit, æquitatem iudicij facere vt etiam citra conuentionem, adeóque quod
magis eſt, citra moram debeantur vſuræ pretij ab emptore qui rei venditæ
fructus percepit *l.curabit* 5.*C. de action. empt.* & viciſſim fructus rei venditæ
emptori qui vſuras pretij perſoluerit. Sicut è contrario dicimus iniquum
eſſe vſuras ab eo exigi,qui fructus non perceperit, *l.liberalitatis* 17.*§.*1. *D. de*
vſur. Nimirum quia in hoc iudicio empti & venditi, non propter moram,
ſed propter fructus & in eorum quodammodo vicem ac compenſationem
præſtantur vſuræ, & ſimiliter fructus propter vſuras, vtrumque ſic ferente
naturæ negotij,quod geritur inter emptorem & venditorem. Sed † non inde 7
poſſis inferre, reſoluta ex pacto venditione, inemptóque conſtituto fundo
vſuras pretij ſoluendas eſſe emptori, ob id ſolùm quòd fructus à ſe perce-
ptos venditori reddere compellatur. Neque enim pares eſſe poſſunt præſta-
tiones eius venditionis,quæ reſoluta eſt,& eius quæ ſubſiſtit: Et in propo-
ſito, vt alia fructuum alia vſurarum ratio eſſe debeat, illud facit quod cùm
fructus ab emptore ſint percepti, eóſque nullo iure perceptos fuiſſe appa-
reat reſoluta demum venditione, nulla ſit iniuria emptori ſi ad eorum reſti-
tutionem condemnetur. Fieret autem iniuria venditori ſi condemnaretur
ſimiliter ad præſtationem vſurarum,quas nullas perceperit. Denique ſepa-
randa eſt præſtatio à reſtitutione:Durior eſt cauſa præſtationis: fauorabilior
reſtitutionis, quoniam ei qui præſtare iubetur, damnum infligitur: ei verò
cui reſtitutionis neceſſitas irrogatur, lucrum duntaxat eripitur, quod reti-
neret,ſi nihil reſtituere cogeretur: Nec quod interim venditor qui pretium 8
accepit, pecunia emptoris vſus fuerit, ad rem facit. Nunquam enim † pro-
pter vſum ſolum vſuræ debentur, ne quidem in bonæ fidei iudiciis, ſed vel
propter moram,*l.cùm quidam* 17.*§.ſi pupillo.de vſur.*vel propter aliam ratio-
nem quę ex bona fide proficiſcatur,vt in *dict.l.curabit.* Textus elegans eſt a-
pud Papinianum in *l.Lucius* 24.*& l.ſequenti.§.*1.*D.depoſit.* Neque tamen i-
gnoro reſcriptis Imperatorum Antonini & Seueri factum eſſe, vt eo quo-
que caſu quo reſoluta eſt venditio ex pacto in ipſa venditione appoſito ven-
diti actio competat non ſolùm ad rem venditam recuperandam, ſed etiam
ad fructus quos ex ea re emptor perceperit, *l.ſi fundus* 4.*D.de leg.commiſſ.*
quaſi tam facilè poſſit actio ex vendito competere poſt reſolutam venditio-
nem, atque interdum competit ad ipſam quoque venditionem reſoluen-
dam,& diſtrahendam,*l.ex empto* 11.*§.is qui vina.D.de action.empt.*Sed non in-
de conſequens eſt eaſdem eſſe debere præſtationes huius actionis ex vendi
to competentis poſt reſolutam ipſo iure venditionem, quæ eſſent ſi adhuc
venditionis cauſa ſubſiſteret: minúſque illud mirum eſt fructuum eandem
conſtitui rationem,quæ ipſius rei venditæ conſtituitur, ſcilicet vt ſimul cum
re ipſa reddantur venditori, cùm ſint acceſſiones naturales quas etiam ex
ſtricto condictionum omnium iudicio reddi oporteret, *l.indebiti* 15.*D.de*

condict.indeb.l.videamus 38.§.1.D.*de vſur.*quàm ſi illud etiam admitteremus vt vſuras pretij quod venditori ſolutum eſſet ſimul cum ipſo pretio à venditore reſtitui oporteret. Non enim ſicut fructus, ita & vſuræ acceſſiones naturales ſunt, ſed, vt id iam ſæpiùs diximus, induſtriales, & vt quidam loquuntur, negotiales.

ERROR TERTIVS.

De poteſtate obſignationis facta ex cauſa pacti de retrouendendo.

SVMMARIA.

1 *Obſignationis rectè facta eadem eſt vis qua futura eſſet veræ ſolutionis.*

3 *Venditione facta ſub pacto de retrouendendo, ſi ſuo tempore & loco pretij reſtitutionem offerat venditor, & emptore nolente accipere, conſignet, fructus poſt obſignationem percepti, ab emptore reſtituendi ſunt ex pragmaticorum ſententia.*

3 *Sententiam pragmaticorum falſam eſſe, nec probari ex l.2 C.de pact.int.empt.& debit.*

4 *Quantum differant hæ pactiones, ſi conuenerit vt reddito intra certum diem pretio fundus ineptus fiat: & ſi redditum ſit intra certa tempora pretium, fundus venditori reſtituatur*

5 *Sic inita expreſſim conuentione, vt in certum caſum fundus inemptus fiat, reſoluta venditione fructus omnes reſtituendi ſunt: ſecus ſi de fundo duntaxat reſtituendo conuenerit.*

9 *Multa ſunt quæ ſi in pactionem deducantur, bona fides vult ſeruari, quæ ipſa tamen ex bona fide præſtanda non eſſent ſi de iis pacto non præceſſiſſet.*

7 *Verbum Reſtituendi an ad fructus præcisè pertineat.*

8 *Qualis ſit pactio de qua Impp. in l.2. C. de pact.int.empt.& vendit.& nu.10.*

9 *Qua actione agendum ſit aduerſus emptorem qui recuſat retrouendere: & quid petendum.*

10 *Idem quæritur eo caſu quo contracta eſt venditio ſub pacto de reſtituendo de quo in d.l.2.*

1 OBSIGNATIONIS † quæ ritè rectéque facta ſit, id eſt poſt oblatam congruo loco & tempore, recuſatámque ſine cauſa ſolutionem, eam vim & poteſtatem eſſe conſtat, quæ futura eſſet veræ ſolutionis, quia licèt non ſit vera ſolutio, tamen ſolutionis vicem & locum obtinet, tantundémque prodeſt non ſolùm ad ſiſtendum curſum vſurarum, *l. acceptam,* 19. *C. de vſur.* ſed etiam ad pleniſſimam debiti liberationem inducendam, *l.obſignatione* 9. *Cod.de ſolut. l. qui*
2 *mutuam* 56. §. 1.D.*mandat.* Inde nimirum pragmatici † omnes adeóque interpretes noſtri inferunt, ſi quis fundum vendiderit ea lege vt ſi intra certum diem pretium redditum ſit emptori, eundem fundum retrouendere emptor teneatur, tum venditor ſuo loco & tempore offerat pretij reſtitutionem, nolentéque accipere emptore obſignet, condemnandum eſſe emptorem vt fructus omnes quos ab eo obſignationis tempore percepit, reſtituat tanquam perceptos non ſolùm poſt moram, ſed etiam aduerſus conuentionem, &, quod eſt cõſequens, contra bonam fidem. Eiúſque ſententiæ argumentum & quidem, vt ipſi putant, fortiſſimum præbet reſcriptum Imperatoris Alexandri in *l.2.C.de pact.int. empt. & vendit.* *Si fundum,* inquit lex, *parentes tui ea lege vendiderunt, vt ſiue ipſi, ſiue heredes eorum emptori pecuniam quandocũque vel intra certa tempora obtuliſſent, reſtitueretur, téque parato ſatisfacere cõditioni dictæ heres emptoris non paret, vt contractus fides ſeruetur, actio præſcriptis verbis vel ex vendito tibi dabitur habita ratione eorũ, quæ poſt oblatam ex pacto quantitatem, ex eo fundo ad aduerſarium peruenerunt.* Non eſt enim

ex inte-

Digitized by Google

ex interpretibus qui legem illam non accipiat de venditione facta ſub pacto De retrouendendo. Eúmque errorem nos etiam ſecuti ſumus, cùm ſcripſimus *Decad.*10.*Err.*2.vnicum in toto iure textum eum eſſe, qui ad pactum de retrouendendo pertineat. Etſi autem non meminit lex obſignationis, ſed tantùm oblatæ ſolutionis, ſic tamen ab omnibus accipitur vt oblationem ſecuta fuerit obſignatio: quòd alioqui æquum non fuerit ei fructus reddi qui pretium retinuerit, ſibique habuerit, ne ſic eueniat vt eodem tempore & re ſimul, & pretio fruitus quis eſſe videatur. Ego † verò ſicuti pragmaticorum ſententiam falſam eſſe arbitror, ita neque ex eo loco probari poſſe contendo. Longè namque diuerſa eſt pactio de retrouendendo, ab illa de qua conſultus Imperator fuit, per quam conuenerat vt ſi pretium venditionis quandocunque aut intra certa tempora redditum eſſet emptori, fundus ſimiliter ab emptore reſtitueretur, ſi vera ſunt quæ nos in ſuperioribus De pacto de retrouendendo ſcripſimus, & vt nobis videmur, non malè comprobauimus, contracta ſcilicet venditione ſub pacto De retrouendendo, non aliam huius pacti vim eſſe, quàm vt emptor oblato ſibi pretio retrouendere cogatur, non etiam vt citra retrouenditionem dominium ad venditorem reuertatur. Proinde finge quantum voles oblatam emptori fuiſſe à venditore quantitatem pretij, & recuſante emptore obſignatam. Nihil aliud aſſequeris, niſi vt pretium illud pro ſoluto & reſtituto habeatur, ſed non illud quoque vt & retrouenditio, & quæ etiam neceſſaria eſt retrotraditio ſecuta eſſe exiſtimetur: nam & retrouendere, & retrotradere facti eſt, *l.conſilio* 9.*§.vltimo.D.de curat.fur.* In quo rerum genere non poteſt interueniens iuris fictio & autoritas facere, vt quod infectum eſt pro facto, non magis quàm vt quod factum eſt, infectum eſſe videatur *l.denique* 19.*D.ex quibus cauſ.maior.l.in bello* 12.*§.facta.*D.*de captiu.& poſtlim.* Ergo quamuis in mora ſit emptor qui ritè rectéque oblatum pretium recuſat, nec vult retrouendere, fructuum tamen condemnationem pati non poteſt, quos ex re ſua, nec à ſe vnquam vendita perceperit. Prius enim eſt ordine iuris & naturæ, vt quis vendiderit, quàm vt ex cauſa venditi fructus vllos præſtare teneatur. Neque enim veniunt fructus in actione empti, niſi tanquam acceſſiones rei venditæ, *l.ex empto* 11.*§.*1.*D.de action.empt.* Non dico tanquam acceſſiones dominij (venditor namque etiam poſt perfectam conſenſu venditionem quandiu rem non tradidit dominus manet, nec eò minùs tamen fructus præſtare cogitur, *§.vendita.Inſtitut.de rer.diuiſ.*) ſed tanquam acceſſiones venditionis, quia licèt non ſint venditi, tamen rem venditam ſequuntur, & ex bona fide, vt ex quo die perfecta venditio eſt, omnia rei venditæ commoda ſicut & incommoda ad emptorem trãsferantur, iudicio empti aduerſus venditorem in id comparato. Porrò empti actio nõ niſi emptori accommodari poteſt, venditori nunquam. Neceſſe igitur eſt eum qui vendidit ſub pacto de retrouendendo ex venditore fieri emptorem priuſquam iudicio empti fructus vllos petere poſſit: nemo autem dixerit, ob id ſolùm quod emptor ſit in mora retrouendendi, pro emptore haberi debere venditorem, vt ſequenti capite fuſiùs dicemus. Nec quod venditori interdum detur actio ex vendito ad fructus ab emptore conſequendos, ad rem noſtram facit. Idem ad eum caſum pertinet, quo venditio per pactum in ipſa appoſitum reſoluta ſit ipſo iure, vt cùm facta eſt ſub lege commiſſoria, *l. quarta*, *Digeſt. de leg. commiſ.* aut ſub eo pacto quod à

lege commiſſoria non valdè abhorreat, de quo in *l. ſi à te 7. C. de pact. inter empt. & vendit.* hoc eſt, ea lege vt ſi intra certum tempus pretium à venditore redditum fuerit emptori fundus fiat inemptus. Cui ſanè perſimilis, nec ferè niſi verborum ſono diſcrepans illa eſſe videtur, de qua in *d. l. 2. C. eod.* & quam nunc tractamus, cùm conuenit vt ſi pretium quandocumque aut intra certam diem à venditore reſtitutum erit, ei viciſſim res empta reſtituatur. Quid enim aliud eſt rem venditam reſtitui citra retrouenditionem, quàm haberi eam pro non vendita, pro non empta? Nam ſi haberetur adhuc pro vendita, non poſſet ſanè pactio efficere vt eius dominium rediret ad venditorem ſine traditione, neque verò per traditionem ſine retrouenditione præcedenti, *l. nunquam nuda 31. D. de acquir. rer. domin.* Sed tamen cauendum hîc diligenter nobis eſt ne pactionum affinitate & ſimilitudine
4 decipiamur, Multum † namque intereſt etiam quod ad effectum, quibus verbis concepta pactio proponatur. Nam ſi conuenerit vt reddito intra certum diem pretio fundus inemptus fiat, quemadmodum in *dict. l. ſi à te*, iam diximus in ſuperioribus impleta conditione pretióque reſtituto vſque adeò inemptum fieri fundum, vt fructus omnes quoſquos & quotquot emptor perceperit reſtituere debeat venditori, quaſi nullo iure & ſine titulo perceptos, ſicut eueniret in lege commiſſoria. Id enim facit vis & poteſtas illius conuentionis per quam fundus fit inemptus, ſibíque imputare debet emptor cur ea lege comparauerit, nec ſibi meliùs de fructibus proſpexerit. At cùm ſic inita conuentio eſt, vt reddito quandocumque vel intra certa tempora pretio fundus venditori reſtituatur, vt in ſpecie *d. l. 2.* mitiùs agi videtur cum emptore, vt ſiue legem contractus impleat, & fundum reſtituat, ſiue ſit in mora reſtituendi, nihil tamen reſtituere debeat ex fructibus interim & ante moram perceptis. Id enim apertiſſimè probant verba illa, *habita ratione eorum quæ poſt oblatam ex pacto quantitatem ex eo fundo ad aduerſarium peruenerunt.* Atqui dicat aliquis, ſi cõuentionis huius poteſtas illa eſt vt fundus inemptus fiat, ideóque nec retrouenditio vlla neceſſaria ſit ad reddendum venditori dominium, quod ab eo per venditionem abſceſſerat, an non illud omnino conſequens eſt vt fructus omnes tanquam nullo iure
5 perceptos ab emptore reſtitui oporteat? Reſpõdeo ſic inita † expreſſim cõuẽtione, vt in certum caſum fundus inemptus fiat, neque interpretationi neque dubitationi locum vllum relinqui quin fructus omnes reſtitui debeant reſoluta demum venditione, ſi nihil de fructibus in contrarium conuenerit. Cùm verò pactum eſt de fundo reſtituendo duntaxat, id eſt nulla inempti facta mentione, conuentio quæ non eſt adeò præciſa commodam recipit interpretationem, & quidem ex bona fide, cùm in bonæ fidei contractu adhibita ſit. Bona autem fides facilè non ſolùm admittit, ſed etiam ſuadet, vt qui ex cauſa emptionis pecunia ſua caruit, fructus lucretur quos toto eo tempore ex re vendita percepit, quippe quos non poſſit videri ſine cauſa percepiſſe, cùm eos conſtante adhuc venditione perceperit, & pretio iam ſoluto. Nec quicquam abſurdi eſt, ſic accipi conuentionem vt quod ad fundum ipſum attinet, habeatur ille pro inempto, nec tamen fructus vlli reſtituantur. Non enim ideò ab emptore retinentur, quaſi fundus ratione fructuum non habeatur ſimiliter pro inempto, ſed quòd ex bona fide ſit vt emptor qui pretium ſoluit venditori fructus lucretur rei venditæ ſi verba conuentionis non obſtent: quomodo

ol ſtans

Digitized by Google

obſtant proculdubio cùm expreſſim conuenit vt fundus ſit inemptus. Quid
enim poſſit venditor apertiùs dicere, vt emptor intelligat in eum caſum quo
reſoluta erit venditio imminere ſibi reſtituendorum fructuum omnium ne-
ceſſitatem? Itaque licet eadem bonæ fidei ratio vrgere videatur, aliud tamen
iuris conſtituimus, quia illud potiſſimùm & ante omnia ex bona fide eſt vt
conuentioni ſtetur, ſi non talis conuentio ſit cui bona fides ex diametro re-
pugnet, qualis illa eſſet ſi conueniret vt vel emptor vel venditor & rem ſi-
mul & pretium retineret, *d. l. ex empto §. vlt. l. bona fides 50. eod. tit. De action.*
empt. Multa † verò ſunt quæ ſi in pactionem deducta ſint, bona fides vult ſer- 6
uari, quæ ipſa tamen ex bona fide præſtanda non eſſent ſi de iis pactio nulla
præceſſiſſet. Alioqui euenire neceſſe eſſet vt in contractibus bonæ fidei inu-
tiles viderentur pactiones omnes à contrahentibus adhibitæ, ſiue de ea re
factæ eſſent, quæ iudicio bonæ fidei tacitè ineſſet, ſiue de ea quæ non ineſ-
ſet: quod ſanè falſum eſt & abſurdum. Nam & bonæ fidei contractus ſicut
& cæteri, imò multò magis quàm cæteri legem accipiunt ex conuentione
l. 1. §. ſi conuenerit. D. de poſit. Etſi verò † *reſtituendi* verbum pleniſſimam habet 7
ſignificationem, vt & omnem cauſam & fructus complectatur *l. plus eſt 22.*
l. reſtituere 35. D. de verb. ſignific. non tamen adeò præcisè, diſertéque fructus
exprimit, vt non facilè conuentio eam admittat interpretationem quæ fru-
ctuum cauſam ſeparet à fundo, vt quāuis fundus reuera fiat inemptus, fru-
ctus tamen ab emptore retineantur. Quāquam illud quoque dici poteſt &
veriùs, ni fallor, non haberi fundum pro inempto, qui ex pacto reſtituendus
eſt, cùm reſtitui eum neceſſe ſit & retrotradi, licèt non retrouendi, vt poſſit
dominium eius redire ad venditorem: Cui interim nec condictio datur, nec
vindicatio, quæ haud dubiè daretur ſi fundus fieret inemptus ipſo iure. Ex
quo apparet pactionem † hac de qua in *d. l. 2.* neque legem commiſſoriam eſ- 8
ſe, neque legi commiſſoriæ ſimilem, quomodo ſimilis illa eſt, de qua in *d. l. ſi*
à te. Quòd ſi venditio facta ſit ea lege vt reddito quandocunque vel intra
certa tempora pretio fundus retrouendatur, tùm verò fructus omnes quos
emptor ante retrouenditionem perceperit, licèt poſt moram in retrouen-
dendo contractam, ab emptore retineri poſſe, nullóſque venditori reſtitui
debere contendo, quia vt dixi, nulla dum venditio eſt ex qua fructus iudicio
empti peti poſſint: Prior autem venditio cùm ſubſiſtat, nō pote patére ven-
diti actionem in vtilitatem venditoris ad auferendos emptori fructus, quos
ex iuſtæ emptionis cauſa & iure perceperit. An ergo † impunè moram faciet, 9
fructúſque poſt moram perceptos omnino emptor lucrabitur, qui retrouen-
dere ſine cauſa recuſauit? Minimè verò, Suam enim moram & fruſtrationem
ei prodeſſe non oportet *l. hominem 37. D. mandat.* Quid igitur? Actione in
perſonam ſiue præſcriptis verbis illa erit, ſiue ex vēdito (vtraque enim com-
petit vt & in ſpecie *d. l. 2.*) vrgendus emptor eſt & condemnandus vt retro-
uendat, & ex eiuſmodi retrouenditionis cauſa rem tradat, ac prætereà præ-
ſtet venditori quanti eius intereſt retrouenditionem ſuo tempore factam
fuiſſe. In quo etiam fructuum poſt moram perceptorum æſtimatio procul-
dubio continebitur, quos vtique percepiſſet venditor ſi moram paſſus non
fuiſſet. At non fructuum iure, ſed eius quod intereſt, cuius nimirum præſta-
tio & condemnatio facilior eſt quam fructuum, vt ex eo apparet quòd actio
præſcriptis verbis eandem hac parte vim & poteſtatē habere creditur, quàm
actio venditi: neque tamen vnquam proditum eſt actionem præſcriptis ver-

bis dari ad fructus perceptos ex re quæ petitur,ſed tantùm ad id quod intereſt aut ad dati repetitionem *l.1.C. de rer.permut, l. cùm mota 6.C.de tranſact.* Qua ratione moueor etiam vt putem in ſpecie *dict.l.2.C.de pact.int.empt. &*
10 *vendit.* id eſt contracta † venditione ſub pacto non de retrouendendo,ſed de reſtituendo, ſi emptor moram contrahat in ſatisfaciendo ex parte ſua poſt oblatam à venditore obſignatámque precij quantitatem, condemnari eum debere, non vt fructus quos poſt moram percepit, reſtituat, ſed vt præſtet quanti intereſt venditoris, & conſequenter fructuum poſt moram perceptorum æſtimationem. Nam vt reſtituere debeat fructus quos dominij iure percepit,ratio iuris pati non poteſt, præſertim cùm eius pactionis non tanta ſit vis & poteſtas vt fructuum ante moram perceptorum reſtitutionem inducere vllomodo poſſit,nec rurſus actionis præſcriptis verbis, quam actioni ex vendito ea lex comparat, vt ad fructus detur. Quare nec ſic lex loquitur, vt dicat condemnari emptorem debere ad fructuum reſtitutionem,ſed tantùm dandam in eum actionem præſcriptis verbis vel ex vendito vt contractus fides ſeruetur,*habita* inquit *ratione fructuum.* Aliud verò eſt deduci fructus in condemnationem,aliud ſic fieri condemnationem, vt fructuum quoque ratio in eo ſcilicet quod intereſt æſtimando habeatur. Quod tamen à pragmaticis & interpretibus æquè ignoratum eſt,ſed nō poſſunt hæc quæ nos de fructibus diſputamus benè intelligi quin de illo priùs conſtet, an qui emit ſub pacto de retrouendendo ad id præcisè condemnari & cogi poſſit vt retrouendat, an verò eius quod intereſt præſtatione liberetur. De quo iam videamus.

ERROR QVARTVS.

De vi, & poteſtate actionis,quæ competit ex pacto de retrouendendo.

SVMMARIA.

1. *Ex ſententia pragmaticorum venditor, qui tradendæ rei facultatem habet, non præcisè cogendus eſt ad tradendum, ſed ad id quod emptoris intereſt, condemnandus.*
2. *Diſcrepantes interpretum ſententiæ de deciſione quæſtionis,an qui emit ſub pacto de retrouendendo cogatur retrouendere ſi poſſit, nec velit.*
3. *Emptorem qui non vult retrouendere ad aliud non teneri niſi quanti intereſt venditoris,contra Pénellum,& alios.*
4. *Venditorem tamen qui rem vendidit quam tradere poteſt, ad hoc præcisè obligatum eſſe vt tradat: & quæ ſit ratio differentiæ.*
5. *Differentia inter venditionem & promiſſionem de vendendo.*
6. *Quis ſit ſenſus illius propoſitionis, obligatum eſſe venditorem præcisè vt rem tradat.*
7. *Pactum de vendendo vt differat à pacto de retrouendendo.*

1 QVAERI ſolet inter noſtros,an † vẽditor qui tradendæ rei facultatem habet, ſi tradere nolit,cogi præcisè poſſit,vt tradat, an eius quod intereſt præſtatione liberetur. Et magis eſſe putãt vt tradere nõ cogatur,ſed ad id potiùs quod emptoris intereſt ob nõ traditã rẽ cõdẽnari debeat ex *l.1.D.de acti.empt.*
2 Iidem diſputant an † qui emit ſub pacto de retrouendẽdo cogatur retrouendere

dere ſi poſſit, nec velit. Et quamuis alij aliter ſentiant, exiſtimantibus
plerique ſimiliter condemnari eum debere in id quod intereſt empto-
ris. Non deſunt tamen qui putent cogendum eſſe vt retrouendat & tradat,
quaſi fauorabilior ſit is, qui certat de re quæ aliquando ſua fuit redhibenda
& recuperãda, quàm qui rem alienam à ſe nunc primùm emptam perſequi-
tur. Quam ſententiam tuetur Arius Pinellus in commentariis illis non ine-
legantibus ad *l.2.C.de reſcind.vendit.* nec iuri tantùm, ſed etiam interpretum
traditionibus magis conſentaneam eſſe defendit contra Cagnolum, qui ali-
ter ſcripſerat, ad *l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.* Ego tamen Coniectu-
rarum cap. 17. lib. 6. docui ex ſententijs Iulij Pauli, non liberari venditorem
offerentem id omne quod intereſt emptoris, ſi rem ipſam tradere poſſit, nec
tradat. Sed de emptore † qui retrouendere promiſit, nondum dixi quod nunc 3
probabo, non ad aliud eum teneri niſi vt ob non impletam à ſe contractus
legem teneatur, quanti intereſt venditoris. Moueor ex eo quòd non poteſt
eadem videri vis & poteſtas pacti de retrouendendo, quæ venditionis, non
quòd differre putem retrouenditionem à vẽditione (nihil enim aliud retro-
uenditio eſt, quàm ſecunda venditio) ſed quia multùm diſtat, an quis vendi-
derit, an pactus duntaxat ſit de vendendo, quod & Bart. fatetur ad *l. vlt. D. de
condict. cauſ. dat.* Etſi enim venditio non minùs perficitur nudo conſenſu
quàm pactum nudum, conſenſum tamen illum & præſentem eſſe oportet,
& de negotio ſtatim perficiendo, non de eo in aliud tempus conferendo; id
eſt, venditorem neceſſe eſt præſenti tempore vendere, non promittere ſe vẽ-
diturum emptórem emere, non paſciſci ſe empturum. Nam etſi vẽditio quo-
que facta eſſet ſub conditione, quæ ex alterutrius contrahentium voluntate
penderet, non poſſet ex ea venditione quàuis conſenſu perfecta in id agi vt
conditio impleretur, quia conditionem venditionis impletam eſſe neceſſe
eſt, priuſquàm agi ex ea poſſit: neque enim ex conditionali venditione ad
hoc ipſum agi poteſt, vt conditio impleatur, *l. cùm ab eo 41. D. de contr. empt.*
Multò minus igitur ex promiſſione de vendendo cogi promiſſor poterit,
vt præciſè rem vendat & tradat, neque in eam rem ſumi argumentum po-
teſt ex eo quod nos fatemur, & aduerſus multorum interpretum ſententiam
contendimus, eũ qui † vendidit rem quam tradere poſſit, ad hoc præciſe obli- 4
gatum eſſe vt tradat, nec liberari ſi quanti emptoris intereſt præſtare malit.
Id enim fit propter bonam fidem quæ non patitur vt contractu iam perfecto
in poteſtate ſit alterutrius contrahentium non implere contractum quẽ im-
plere commodè poſſit. Separo contractum perfectum ab impleto. Perficie-
tur emptio ſolo conſenſu. Sed non impletur niſi ſecuta traditione per quam
non ſolùm poſſeſſio, ſed etiam dominium rei venditæ, ſi quod penes vendi-
torem fuit aut nunc eſt, in emptorem transferatur, *l. ſi quis alienam 46. D. de
action. empt.* At cùm quis obligatus eſt vt vendat vel retrouẽdat, nõdũ perfe-
cta venditio eſt, at ne quidem inchoata, cur ergo eam implere promiſſor co-
gatur? An non priùs illud eſt vt venditio contrahatur, & perficiatur, quàm
vt impleatur? Siquidem non quemadmodum venditio, ita & promiſſio de
vendendo bonæfidei eſt, cùm neque ſit contractus, ſed pactum nudum ex
quo perinde agi nullomodo poteſt, niſi proponas interueniſſe ſtipulationẽ,
quæ ipſa contractus eſt ſtricti iuris & ſtrictiſſimi, ſi quis vſquam alius. Qua
interueniente, fateor equidẽ poſſe agi ex promiſſione de vendendo ad hoc vt
res vẽdatur, tùm tradatur. Sed nego eius cõuentionis, & actionis vim illã eſſe

Digitized by Google

poſſe vt cogatur promiſſor rē præciſè tradere, quã nōdũ vēdidit, aut vēdere ſi
nolit, cùm venditio ſit facti, vt proximo cap. dicebamus ex *l. conſilio 9. §. vlt. D.
de curat. furioſ.* nemo autem præciſè cogi vnquã poſſit ad factũ, quia nō poſſet
id fieri ſine vi & impreſſione quam ſemper exoſam habuit legiſlator. Vnde
illud iure ciuili cõprobatũ eſt, vt in omnibus faciendi obligationibus ſi non
fiat id quod promiſſum eſt in locũ facti, ſuccedat obligatio eius quod inter-
eſt, *l. ſi quis ab alio 3. §. vlt. D. de re iudic.* Dices traditionem quoque facti eſſe
non minùs quàm venditionem, neque tamen eò minus cogi venditorẽ præ-
ciſè vt rem tradat. Sed iam monuimus aliam & duriorem eſſe cauſam eius
5 † qui iam vendidit quàm eſſe debeat illius qui promiſit duntaxat ſe ven-
diturum. Ille enim qui vendidit iam obligatus eſt ex contractu perfe-
cto, eóque bonæ fidei, vt diximus. Hic ex nudo niſi fortaſſis ex ſtipulatione,
6 tum verò quod dicimus † obligatum eſſe venditorem præciſè vt rem tradat,
non hunc ſenſum habet, vt ſi per contumaciam nolet vnquam tradere, adi-
gendus ſit per vim & meram coactionem ad tradendum, ſed vti ne li-
beretur præſtatione eius quod reuera intereſt emptoris, debeátque præ-
tereà dolus eius æſtimari non quidem per iuſiurandum in litem, ſed officio
iudicis, à nobis probatum eſt *d. cap. 17. lib. 6. Coniectur. ex l. ſi traditio 4. C. de
act. empt.* iũct. *l. ſi cum fundum 6. §. 6. 1. D. de contr. empt.* quæ tamen doli æſtima-
tio non poteſt cadere in promiſſionem de vendendo, ſiue pactum nudum,
ſiue ſtipulatio interuenerit, quia neutro caſu obligatio vlla eſt, cuius pote-
ſtatem & præſtationem ex bona fide æſtimari oporteat. Sed illa rurſus hic
incurrit hæſitatio, quòd quãuis inter venditionem & retrouenditionem dif-
ferentia nulla ſit, vt diximus, negari tamen non poteſt quin differat pactum
7 de vendendo à pacto de retrouendēdo de quo diſputamus. Pactum † namque
de vendendo idcirco inutile & inefficax eſt ad cogendum promiſſorem vt
vendat & tradat, quod vel nudum id eſſe neceſſe ſit, vel per ſtipulationem
initum. Nos autem diſputamus de pacto de retrouendendo in ipſa venditio-
ne adhibito, quod cùm non ſit nudum, ſed venditionis iam contractæ cohæ-
rentia veſtitum, adeóque contractus pars quædam eſſe exiſtimetur, non po-
teſt non efficax eſſe ad agendum, & quidem ex bona fide, quia contractus cui
cohæret, bonæ fidei eſt. Nemo enim dixerit neceſſariam eſſe ſtipulationem,
ad hoc vt ex huiuſmodi pacto agi poſſit, niſi fortè ex interuallo initum pro-
ponatur: quo caſu videri nō poteſt ineſſe contractui, *l. iuri gentium 7. §. quin-
imo. D. de pact.* Et ſanè videtur hæc potiſſimùm ratio interpretes noſtros de-
cepiſſe. Durum enim videtur adeóque iniquum, venditorem qui nonniſi
hac lege rem ſuam venditurus fuerit, priuari commodo ſuæ conuentionis,
& pro re ſua pecuniam accipere compelli, quæ noua quodammodo eſſe ven-
ditio videretur, *l. non enim 9. D. rer. amot.* Conſtat enim pactiones omnes va-
lere, quas quis adhibet in rei ſuæ alienatione *l. vlt. C. de rer. permut.* adeóque
illas quæ alioqui valere non poſſent quia credendum eſt vēditorem non ali-
ter fuiſſe alienaturum, *l. ei fundo 19. D. de ſeruit. l. venditor 13. D. commun. præd.*
Sed tamen facilis reſpōſio eſt, vtilem quidē eſſe pactionem vt ex ea agi poſ-
ſit nulla etiam interueniente ſtipulatione, verum enimuerò non inde ſtatim
conſequens fieri vt qui promiſit ſe retrouenditurũ, retrouendere præciſè cō-
pellatur, non magis quàm ſi extra contractũ bonæ fidei per nudã ſtipulatio-
nem ita conueniſſet, quia pacti vtilitas illa ſufficit vt ex eo competat actio
præſcriptis verbis, aut ex contractu ipſo ad id quod intereſt quæ alioqui ex
pacto

Digitized by Google

pacto nudo competere nulla poſſet: Nec quod in bonæ fidei contractu ea pactio adhibita ſit tacere poteſt, vt venditio promiſſa pro perfecta haberi debeat, ſed tantùm vt perfici debeat, id ni fiat, emptor qui ad retrouendendum obligatus eſt, in omne id quod venditoris ex ea cauſa intererit, condemnetur. In quo, vt proximo capite diſputauimus, ſanè fructus continebuntur, quia ſi retrouenditio facta eſſet, venditor eos ſuo iure percepiſſet: ſed tamen non ſic ferri ſententia poterit, vt fructus vlli in condemnationem deducantur, ſed ita vt ad id duntaxat quod intereſt fiat condemnatio, in eo ipſo autem taxando fructuum quoque ratio habeatur, at non omnium, quemadmodum ſi conuentionis poteſtate fundus fieret inemptus, ſed eorum tantùm qui poſt moram in retrouendendo contractam percepti fuerint. Mora verò contracta intelligitur, ſi à venditore oblatam congruo loco & tempore quantitatem emptor accipere ſine cauſa recuſauerit, aut, quod effectu idem eſt, diſtulerit. An tamen ad conſtituendum in mora emptorem neceſſaria ſit ex parte venditoris obſignatio, noſtri diſputant, de quo etiam videndum eſt.

ERROR QVINTVS.

De nudæ oblationis, & obſignationis poteſtate.

SVMMARIA.

1. *Nudæ oblationis vt ſit minor vis quàm obſignationis: & quis eius ſit effectus: & num. 3.*
2. *Quæ ſit inducendæ tum impediendæ moræ tam ex parte creditoris, quàm debitoris conditio.*
4. *Congrua oblatio pignoratitiam actionem inducit.*
5. *Debitor non eſt præciſè cogendus vt obſignet pecuniam, quam accipere creditor renuit, licèt tutius facturus ſit ſi obſignet.*
6. *Multum differre an ſolutio ſit in ſimplici conditione, an etiam in diſpoſitione.*
7. *Oblatio ritè facta conſtituit creditorem in mora, non facit tamen vt debitor pro liberato habeatur.*
7. *Obſignatio non eſt quidem vera ſolutio, pro ſolutione tamen habetur.*
8. *Quas vſuras nuda inhibeat oblatio.*
9. *Declaratur l. tutor pro pupillo. 28. §. 1. D. de adm. & per. tut. docetúrque eam à Triboniano interpolatam eſſe: ſicut & l. ſi remi. 73. D. de procuratorib.*
10. *Vſurarum curſus quas præſtare tenetur venditori emptor qui non perſoluit pretium, non niſi obſignatione inhibetur, aut ſolutione.*

OBLATIONIS † nudæ, id eſt quæ ſolutionem aut obſignationem comitem non habeat, minor vis & poteſtas eſſe ſolet quàm obſignationis. Obſignatio enim ſi modò ritè facta ſit, id eſt, vt iam ſuprà interpretati ſumus poſt oblatam congruo loco & tempore pecuniam, recuſatámque ſine cauſa ſolutionem, ſolutionis inſtar obtinet: oblatio autem nuda quantumuis congruo loco & tempore facta, numquam habetur pro ſolutione, quia cùm oblatio nudis verbis contenta ſit, ſolutio factum ipſum requirit, id eſt numerationem. Sed tamen non ideò fit vt ſit inutilis oblatio quæ nec ſolutionem comitem habeat, nec obſignationem. Etſi enim ſolutionis loco nunquam eſt, aliquando tamen prodeſt, ſiue ad conſtituendum in mora eum cui offertur, ſiue ad impedien- 1

dam

dam moram ex parte eius, qui offert: nec minoris hac parte effectus eſt quàm
obſignatio, adeò vt pignoratitiam quoque actionẽ inducat, *l. ſi rem* 13. §. *vlt.*
D. *de pignor. act.* licèt pignoratitia eam conditionem habeat ſi pecunia ſolu-
ta erit, aut aliter eo nomine ſatisfactum, *d. l. ſi rem. §. omnis. & paſſ. eod. tit. l.*
acceptam 19. C. *de vſur.* Hæc cur tam variè? Quia mora omnis conditionẽ ad-
mixtam habet, nec niſi per conditionem, aut ſi mauis ſub conditione vel
2 contrahitur, vel impeditur. Inducendæ† moræ conditio ea eſt ex parte debi-
toris, ſi oblatam congruo loco & tempore pecuniam creditor ſine cauſa re-
cuſabit. Impediendæ illa, ſi petitam à creditore pecuniam congruo loco &
tempore debitor offeret. Ex parte verò creditoris impediendæ moræ condi-
tio hæc eſt, ſi oblatam congruo loco & tempore pecuniam aut ſolutionem
accipere paratus erit, inducendæ ilia contraria, ſi petitam congruo loco &
tempore pecuniam debitor ſine cauſa recuſabit. Porrò nõ recuſat qui offert.
3 Itaque tam ex parte creditoris, † quàm ex parte debitoris mora vt inducatur
vel impediatur oblationem ſolam requirit, non etiam ſolutionem. Solutio
enim cùm ſit inducit pleniſſimam liberationem, tollitque omnem obliga-
tionem, quia nec fieri poteſt à debitore quin accipiatur à creditore, ideóque
nihil supereſt propter quod de mora tractari aut poſſit, aut oporteat, cùm fa-
cta ſolutio fuit. Nec conſequenter ſi obſignatio ſecuta ſit obligationem, quã-
doquidem, vt diximus, nihil prorſus effectu diſtat ritè facta obſignatio à ſo-
lutione. Sed etſi poneres moræ ſiue inducendæ ſiue impediendæ conditio-
nem illam potiùs eſſe, *ſi pecunia debita ſoluetur* aut *ſi non ſoluetur*, quaſi ad ſo-
lutionem magis quàm ad oblationẽ referatur, efficere tamen nõ poſſes quin
oblatio ſufficere deberet ad morã aut inducendã aut impediendam: quia cùm
iure ciuili ſic comparatum ſit vt condicio quæ ante omnia implenda eſt, pro
impleta habeatur quoties per aduerſarium ſtat ne impleri poſſit *l. iure ciuili*
24. *D. condic. & demonſtr. l. iure ciuili* 161. *De regul. iur.* apparet ſolutionẽ quæ
in conditione tantùm poſita ſit pro facta haberi debere quoties per credi-
torem ſtat ne fiat, cùm ſit hæc condicio ex earum genere quæ inuito aduer-
ſario impleri non poſſunt, ſiquidem, vt diximus, fieri nequit ſolutio ex par-
te debitoris, quin accipiatur ex parte creditoris. Indéque illud eſt quod di-
4 ximus pignoratitiam† naſci in debitoris commodum ſtatim atque pecuniam
ritè rectéque obtulit creditori, quamuis necdum ſoluerit nec obſignauerit:
neque ſolùm ſi ea oblatio in iudicio facta ſit, vt vulgò creditum eſt, ſed etſi
extra iudicium, quia ſolutio quæ ad inducendam pignoratitiam facienda
eſt, in condicione tantùm eſt, id eſt, eam condicionem habet actio pignora-
titia ſi pecunia debita ſoluta erit; proinde haberi eam hac parte pro ſoluta
conuenit ſi per creditorem ſtet ne ſoluatur, quòd euenit quoties oblatam ſi-
bi congruo loco & tempore pecuniam accipere ſine cauſa recuſat, *d. l. acce-*
ptam 29. C. *de vſur.* Nec eſt quod quis dicat, imò verò poſſe cõdicionem hanc
impleri per debitorem, inuito etiam creditore, vt inferri poſſit, non igitur
haberi eam debere pro impleta, nimirum ſi debitum non modò offeratur,
ſed etiam obſignetur, cùm obſignatio, vt dixi, pro vera ſolutione habeatur.
5 Nam reſpondeo, † meliùs quidem & cautiùs facturum debitorem ſi pecuniã
oblatam recuſante creditore obſignet, vel ob hoc ipſum ne poſteà quæri o-
porteat an oblatio ſola ſufficere potuerit, néne: ſed tamen non eſſe cogen-
dum debitorem vt obſignet ad implendam per æquipollens, quod aiunt, cõ-
dicionem quam in forma ſpecifica implere paratus ſit. Illud enim ſaltem fa-
tendum

Digitized by Google

tendum eſt ſolutionis faciendæ conditionem in forma ſpecifica impleri non poſſe inuito creditore,id eſt,ſi ſolutionem accipere nolit. Nam cùm ſit obſignatio,non impletur conditio ſolutionis in forma ſpecifica, ſed per æquipollens,ſiquidem obſignatio reuera ſolutio non eſt, ſed ſolutionis locum & inſtar obtinet.Ergo illud etiam conſequens eſt,vt quoties per creditorẽ ſtat ne conditionis faciẽdæ ſolutionis impleri poſſit in forma ſpecifica,vt noſtrorum verbis vtar,haberi debeat pro impleta in ea ipſa forma: Quod ſi ita eſt, vt iam habeas eam pro impleta in forma ſpecifica,cur illud præterea requiras vt impleatur per æquipollens? Neque enim per rerum naturam fieri poteſt vt conditio quæ non niſi vna numero eſt ſæpius impleatur, quia ex quo impleta eſt,deſinit eſſe conditio,multò minùs autem illud etiam induci, vt quæ iam impleta eſt in forma ſpecifica iterum per æquipollens impleatur. Quod enim aliquando euenit vt per æquipollens fieri quid ſufficiat & neceſſe ſit,nõ aliam ob cauſam ſit quam vt ei faueamus qui aliter, id eſt,in forma ſpecifica idipſum facere nequeat quod facere debet,vt vel lucrũ aliquod conſequatur, vel damnum deuitet: non etiam vt melior conditio fiat eius per quem ſtat ne in forma ſpecifica fieri id poſſit, vt elegãter Marcellus tractat in *l. ſi mulier 59.§.ex aſſe. D.de iur.dot.* Et verò quis iudex propitiis auribus debeat audire creditorem, qui poſt recuſatam ſine cauſa ſolutionẽ quam debitor congruo loco & tempore obtulerat,imputare velit debitori cur eam pecuniam non obſignauerit? Imò imputet ſibi priùs,cur oblatam non acceperit,cùm recuſandæ ſolutionis iuſtam cauſam nullam haberet. Multum igitur refert an ſolutio ſit in ſimplici conditione, an ſit etiam in diſpoſitione. Cùm in ſimplici conditione eſt, oblatio ſola ſufficit ſine obſignatione, 6 quia conditio habetur pro impleta ex mora & cõtumacia creditoris, & pro impleta quidẽ in forma,vt diximus ſpecifica,nec proinde neceſſe, at ne quidem poſſibile eſt vt iterum per æquipollens impleatur facta obſignatione. At cùm in diſpoſitione ſolutio eſt,id eſt cùm ſolutio ob id facienda eſt, non vt conditio aliqua impleatur,ſed vt cõtracta obligatio tollatur, oblatio ſola nunquam ſufficit,ſed obſignatio præterea requiritur, quia nunquam oblatio ſolutio eſt,nec ſolutionis inſtar obtinet, ne tum quidem cum efficit vt ſolutio pro facta habeatur,quoniam, quod ſummopere notandum eſt, non fit id ex poteſtate oblationis immediatè, ſed ex mora creditoris, licèt mora illa non aliunde quàm ex oblatione debitoris proficiſcatur. Oblatio ritè facta conſtituit creditorem in mora, mora verò creditoris per quam fit ne 7 conditio impleri poſſit per veram ſolutionem, efficit vt conditio habeatur pro impleta, id eſt vt ſolutio verè facta quod ad implementum conditionis exiſtimetur. An etiam vt debitor pro liberato habeatur? Minimè verò. Nihil enim commune habet ius impletæ conditionis cum iure acquiſitæ liberationis. Implementum ſiquidem conditionis eò tantùm pertinet vt agere poſſit debitor aut cætera facere quæ poſſet ſi impleta conditio eſſet, & quæ alioqui non niſi impleta demum conditione facere poſſet,cùm is vnus conditionis cuiuſlibet effectus ſit vt actum ſuſpendat,& agendi tanquam ex actu puro poteſtatem præripiat. Ius verò liberationis,non niſi per veram ſolutionem acquiritur, aut per eum modum qui ſolutionis vice eſſe poſſit, vt puta per obſignationem. Huiuſque iuris ratio illa eſt, quia obligationes ſicuti certis tantùm modis iure ciuili contrahuntur, ita nec niſi certis modis in ea rem comparatis diſſoluuntur. Inter quos non eſt mora creditoris, nec obla-

8 tio debitoris: At ne quidem obſignatio,† cùm nõ ſit vera ſolutio, niſi iuris arte & fictione inductum eſſet, vt quãuis obſignatio non ſit ſolutio, tamen pro ſolutione habeatur, ne alioqui foret in poteſtate creditoris moroſi & contumacis, facere ne obligationem exuere ſéque liberare debitor vnquã poſſet. Inde eſt, quod videas paſſim Iureconſultos quibus locis tractant de mora vel inducenda vel impedienda, nonniſi de oblatione tractare, nec obſignationem requirere niſi cùm diſputant de tollenda prorſus & perimenda obligatione, vt in *l. qui Roma* 122. *in princip. & §. Seia in fin. De verb. obligat. l. nec creditores* 10. *l. vlt. C. de pignor. act. l. acceptam* 19. *C. de vſur. l. obſignatione* 9. *C.*
9 *de ſolut.* Et cùm de vſuris† agitur illa proculdubio adhibẽda eſt diſtinctio an de iis vſuris quæratur, quæ ex conuentione debentur, an de iis quæ ex mora: vt priorum curſum ſola oblatio non inhibeat ſine obſignatione, quò pertinet *l. debitor.* 7. *D. de vſur.* (quæ nominatim loquitur de debitore vſurario, non aliam ob cauſam quàm vt intelligamus in debitore non vſurario, id eſt qui de vſuris nihil conuenerit aliud iuris eſſe) poſteriorum verò curſum ſiſtat ſola oblatio etiam citra obſignationem, quia & impedit moram ne contrahatur, adeóque contractam purgat *l. qui decem* 72. *in princip. D. de ſolut.*
10 Quam ob cauſam mirari† ſæpe mihi contigit quod ad Marcellum Vlpianus notat in *l. tutor pro pupillo* 28. §. 1. *D. de admin. & peric. tutor.* Tutori qui poſt pubertatem pupilli negotiorum eius adminiſtratione abſtinuit non ſufficere vt obtulerit pecuniam quã pupillo debet ne vſuras debeat, ſed illud præterea requiri, vt depoſuerit obſignatam tuto in loco. Longéque verior mihi ſemper viſa eſt Marcelli ſententia qui putabat nõ debere tutorẽ vſuras præſtare ex quo pecuniã obtulit, quinetiã iuſtius eſſe eũ per quẽ nõ ſtetit quominùs cõuentus reſtitueret tutelam ad præſtationem vſurarũ non cõpelli: maximéq; vt in *l. ſeq.* ex eodẽ Marcello ſcriptũ eſt, heredẽ tutoris. Periniquũ enim eſt, eum cui fortè poſt viginti annos vel amplius in mentem venit tutelã repoſcere, etiã vſuras poſtulare. Vſuræ. n. quæ ex iudicio tutelæ debẽtur ex quo tẽpore tutor finita iã per pubertatem tutela abſtinuit ſe ab adminiſtratione non ex conuentione debentur, at ne quidem tam fauore pupilli qui iã deſiit impubes eſſe quàm propter morã. Neque verò video quomodo fieri poſſit vt pecuniã obſignet tutor, qui tutelam nõdum reſtituit. Nam & de illo Marcellus poſtremo loco tractauerat iis verbis, *per quem non ſtetit quominùs conuentus reſtitueret tutelam.* Nec enim ſciri poteſt ante reſtitutam tutelam quid & quãtũ ex cauſa debeatur: nec proinde vlla obſignatio fieri, quæ ſcilicet non niſi certæ & exploratæ quantitatis eſſe poteſt: In quo ſanè differt obſignatio à nuda oblatione. Siquidem nihil prohibet oblationem fieri quantitatis incertæ, cùm quis paratum ſe dicit ſoluere quicquid debitum eſſe aliquando apparebit, ſi non recuſet ea facere per quæ tandem apparere poſſit quid & quantum debeatur. Qui ſollennis tutorum & cæterorum id genus adminiſtratorum mos eſt, ne quandiu rationes redditæ non ſunt, in mora vlla eſſe videantur. Itaque, ni fallor, nota illa quæ ſub Vlpiani nomine extat in *d. l. tutor.* §. 1. Triboniano potiùs quàm Vlpiano tribuenda eſt: nam & in *l. ſi reus* 73. *D. de procurat.* video eundem Tribonianum ſub Pauli nomine, quẽadmodum docui *lib.* 2. *Coniect. Cap.* 16. requirere perabſurdè vt pecunia in æde ſacra deponatur, & illud etiam addere, quod magis me mouet, *hoc enim fit & in pupillaribus pecuniis,* quod tamen, ſi hanc Vlpiani notam deleas, nullo alio iuris loco ſcriptum eſt. Quanquam nec de pupillaribus vſuris Marcellus

tractat,

tractat,ſed de iis quæ pro eo tempore quo iam finita tutela ſit,petantur,quas
conſtat nec pupillares eſſe,nec tã fauorabiles quàm ſi eſſent pupillares, pro-
pter eam rationẽ quæ ponitur in *l.ſeq.* quę ſicut non minùs tutori ipſi quàm
eius heredi conuenit,ita nec ad pupillares vſuras ſatis aptè accommodari po-
teſt,quę licèt vigeſimo quoque poſt pubertatem anno petantur, nõ grauio-
res tamen petuntur quàm ſi in pupillari ætate petitæ fuiſſent, quia eædem i-
pſæ & pro iiſdem annis,id eſt pro popularibus petuntur. Planè quod ad eas
vſuras pertinet † quas præſtare venditori emptor debet ob nõ ſolutum pre- 1
tium ex quo die res vendita emptori tradita probatur,conſtat non aliter ea-
rum curſum inhiberi poſſe, quàm ſi fuerit pretium obſignatum, adeóque
quod magis mirum eſt,licèt venditor etiam incerto herede & ſucceſſore de-
ceſſerit, vt à Papiniano reſponſum eſt *l. euictis* 18.§.1.D.*de vſur.* Singulari
vtique quodam iure: quia tametſi non debeantur ex conuentione, tamen
neque ex mora debentur, ſed mera iudicij æquitate in vicem & compenſa-
tionem fructuum ab emptore ex re vẽdita & tradita perceptorum: Ne alio-
qui eueniat,vt eodem tempore & rem & pretium emptor habeat, venditor
verò & re & pretio ſimul careat,quod vtrũq; perinde abſurdum eſt, *l.libera-
litatis* 17.§.1.*eod.l.curabit* 5.C.*de action.empt.* Itque omnino conſequens eſt ei
diſtinctioni quam nos probamus.Pretium enim quod emptor venditori de-
bet non in conditione eſt,ſed in obligatione. Ideóque non priùs poteſt de-
ſinere deberi quàm ſolutum fuerit aut pro ſoluto habendum, id eſt obſigna-
tum. Porrò quandiu debetur, abſurdum fuerit & iniquum non deberi vſu-
ras ab eo qui fructuum lucrum ſentiat.Idem,meo iudicio,in lege cõmiſſoria
venditioni adiecta tractari poteſt. Nam ſi emptor intra dictam diem pecu-
niam pretij ſoluere velit ne fundus inẽptus fiat, venditor verò aut nolit ac-
cipere,aut nõ adſit vt poſſit,non aliter videri poteſt emptor ſatisfeciſſe con-
uentioni, & legis commiſſoriæ periculum effugiſſe quàm ſi eam pecuniam
non ſolùm obtulerit, ſed etiam obſignauerit, quia per legem cõmiſſoriam
non id agitur tantùm ne mora per emptorem in ſoluendo fiat,ſed vt fundus
ſit maneátque emptus, qui alioquin fieret inemptus:imò verò ne qua ſuper-
ſit venditori poſt diem actio venditi ad pretium petendum ſi legem com-
miſſoriã is exercere volet: Ob idque neceſſaria eſt ſolutio aut in vicem ſolu-
tionis obſignatio,nec nuda oblatio ſufficit,*l.vlt.D.de leg commiſſ.* quia non
poteſt venditi obligatio perimi, quin pretium ſit reuera ſolutum,aut pro re
vera ſoluto habendum:quod per nullam oblationem non contingit. Et hæc
quidem de oblatione & obſignatione longè aliter quàm à vulgaribus inter-
pretibus & pragmaticis tractari ſolitum ſit ſcripſiſſe ſufficiat. Redeamus iam
ad inſtitutam de retrouendendi pacto diſputationem.

ERROR SEXTVS.

Si venditor agens ex pacto de retrouendendo pecuniam duntaxat obtulerit,nec obſignauerit.

SVMMARIA.

1 Venditore qui agit ex pacto de retrouendendo pecuniam offerente etiam ſine obſignatione in mora conſtituitur emptor qui recuſat retrouendere.

2 Eius verò mora effectus eſt,vt etiam poſt tempus intra quod debuit fieri retrouenditio,de-

get ius venditoris.

3 *Mora proprium eſt vt perpetuet obligationem.*

4 *Ex pragmaticorum & interpretum erronea ſententia Venditor poteſt elapſa retrouendendi tempora non aliter audiendus eſt, quàm ſi intra tempus non modò obtulerit, ſed etiam conſignauerit pecuniam.*

5 *d. Sententiæ refutatio.*

6 *Etiam verbalem oblationem ſufficere ad conſtituendum in mora emptorem, ſi vēditor aut nihil reſpondeat, aut oblationem reyciat, negétque ſe retrouendere velle aut debere.*

7 *Oblatio ſiue re ſiue verbo fiat retrouenditionem non facit.*

8 *Conditionis & conuentionis differentia.*

9 *Aduerſus emptorem qui in retrouendēdo mora eſt, non poteſt ſic ſententia ferri vt ad fructuum reſtitutionem quaſi ex iudicio empti condemnetur.*

10 *Mora emptoris qui retrouēdere recuſauit, quomodo puniatur.*

11 *Quomodo ratio vſurarum habēda ſit, cùm vēditor pecuniam obtulit tantùm, non etiam obſignauit.*

12 *Conſultius eſſe vt venditor pecuniam non ſolùm offerat, ſed etiam obſignet.*

HIs ita conſtitutis quæ de oblationis nudæ & obſignationis poteſtate proximè diſputauimus, apparet iam quid iuris con-
1 ſtituendum eſſe arbitremur, ſi venditor † agens ex pacto de retrouendendo pecuniam duntaxat obtulerit, nec obſignauerit. Scilicet, non cominùs in mora conſtitutum videri emptorem, qui retrouendere recuſauit, ſi iuſtã recuſandi cauſam nullam habuit.
2 Cuius moræ † effectus ille erit, vt etiamſi poſtmodum tempora præterierint, intra quæ retrouenditio fieri ex pacto debuit, ius venditoris nihilominùs duret vt retrouenditionem quandocunque vrgere poſſit perinde ac ſi
3 tempora largirentur. Id enim † moræ proprium eſt vt perpetuet obligationem in id etiam tempus quo res perierit & deſierit poſſe præſtari, nec tantum in bonæ fidei contractibus (nam & hoc quoque ex bona fide eſt) ſed etiam in ſtrictis *l. ſi ex legati 23. l. ſi ſeruum 91. §. ſequitur. & §. vlt. de verb. o-*
4 *blig.* In eoque errant ſanè pragmatici noſtri qui † venditorem poſt elapſa retrouendendi tempora non aliter audiendum eſſe putant, quàm ſi intra dictã diē pretiũ venditionis nõ modò obtuliſſe, ſed etiã obſignaſſe proponatur. Interpretes noſtros ſecuti, quorum vulgaris ea ſententia, & receptior eſt.
5 Ego verò moueor † quòd hoc caſu ſolutio pretij non in obligatione ſit quēadmodum eſſet ſi retrouenditionem iam contractam poneremus, ſed tantum in conditione. Ideo enim pretium emptori à venditore offerēdum eſt, vt cogere poſſit emptorem propoſita in eam rem actione præſcriptis verbis vel ex vendito ad retrouendendum qui alioqui rem ſibi iam pleno dominij iure quæſitam vendere non magis cogi poſſet, quàm ſi ab alio venditore eam comparaſſet, aut alio quàm emptionis iure ſibi illam acquiſiuiſſet. Obligatio namque emptoris ad retrouendendum expreſſam illam conditionem habet, quæ etiamſi expreſſa non eſſet, tacitè tamen ineſſet. *ſi precium emptori reddetur quod ille ex cauſa venditionis iam venditori perſoluerit*, vt & in ſpecie *d. l. ſi à te 7. & l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.* Et quemadmodum offerri precium ab emptore debet cùm ex empto ille ad rem tradendam, *l. Iulianus 13. §. offerri. D. de act. empt.* ita & multò magis à venditore ad poſtulandam retrouenditionem. Plus enim iuris habet emptor iam cõtracta emptione, licèt nondum ſoluerit precium, quàm venditor nondum ſecuta retrouēditione: ac proinde ſi venditori conceditur quandiu precĩum venditionis ſolutũ non eſt vt quaſi pignus retinere poſſit eã rem quã ipſe vendidit, vt ſcriptum eſt in *d. §. offerri,* quantò magis concedendũ erit emptori vt eam rem quam cõparauit, & cu-

tus precium iã perſoluit non tanquã pignoris iure, ſed quaſi ſuã retineat quã-
diu pretij reſtitutio nõ offertur per venditorẽ? Eodẽ igitur exemplo dicen-
dũ eſt, quemadmodũ emptor agere ex empto poteſt ad rem tradẽdam ſtatim
atque pretium vẽditori obtulit,quãuis necdũ ſoluerit nec obſignauerit (ſo-
lã enim oblationẽ nõ etiã obſignationem Vlpianus requirit in *d.§.offerri*)ita
& ſufficere venditori ad adigendũ emptorẽ vt retrouendat quod venditionis
pretiũ emptori obtulerit cõgruo loco & tempore,licèt obſignatio nulla facta
ſit. Neque enim contracta venditione ſub pacto de retrouendendo,vendi-
tor vllomodo obligatus eſt vt pretium reddat emptori quod ſuo iure habet,
iuſtáque ex cauſa propter venditã à ſe traditã rem quę nunc ſit penes empto-
rẽ:ſed ea pretij ſolutio quæ dicẽda potiùs reſtitutio eſt, in conditione tantũ,
vt diximus,poſita videri debet,vt emptor intelligatur obligatus retrouende-
re ſub ea conditione ſi intra conſtituta tempora pretium reſtituetur. In quo
genere conditionaliũ obligationum,ſiue ex cauſa emptionis,ſiue ex alia qua-
libet ita jus comparatum eſt,vt ſicuti ante impletam cõditionẽ agi nullomo-
do poteſt, *l.cedere diem 213.de verb.ſignif.cum ſimilib.* Ita conditio pro imple-
ta habeatur ſtatim atque per aduerſarium ſtetit aut factum eſt,quominus ve-
rè,& vt oportuit, impleta ſit,ne alioqui in poteſtate fuerit eius qui ſub con-
ditione obligatus eſt ne vnquã ex obligatione ſua conueniri poſſit:quod non
magis fieri queat quàm vt in meram eius voluntatem obligationis contra-
hendæ ius conferatur, *l.ſub hac conditione* 8.D.*de oblig.& action.* Plus dico,
non eam duntaxat oblationem † quæ ob id nuda dicatur, quod neque ſolu- 6
tionem neq; obſignationẽ comitem habeat,ſed illam etiã quę adeò nuda ſit,
vt ne quidem exhibeat pecuniam ſufficere poſſe venditori ad conſtituen-
dum in mora emptorem, ſi nihil ille ad verbalem huiuſmodi oblationem
reſpondeat, ac multò magis ſi oblationem prorſus reiiciat, negétque retro-
uendere ſe velle aut debere. Id enim omnino præſtare ſemper debet is cui
offertur, ſiue emptor ille ſit,ſiue alius quilibet vt appareat per eum non ſta-
re quominùs ſtatim ſoluatur,id quod cùm ſolui debeat, tamen offertur dun-
taxat. Hoc ipſum verò facillimè nullóque negotio aſſequetur ſi ad verba-
balẽ illam oblationẽ reſpondeat paratum ſe eſſe id accipere quod verbo te-
nus offertur ſi re ipſa offeratur. Sic enim fiet vt oblatio non niſi verbis fa-
cta,verbis quoque eludatur. Alioqui ſi appareat per emptorem ſtetiſſe quo-
minùs pecuniam acciperet, nihil omnino eſt quod vẽditori poſſit imputari,
tametſi reuera nihil,ſi modò quantũ debuit,verbo,obtulerit.Qua enim frõ-
te velit emptor imputare venditori, cur pecuniam pretij non numerauerit,
quã etiãſi non ſolùm numerata, ſed etiã obſignata eſſet, accipere ipſe noluiſ-
ſet?Neque tamen † hoc ita accipi volo,vt oblatio hæc nuda,ſiue verbo tantũ, 7
ſiue re ipſa facta ſit,quæ poteſt efficere, vt conditio ſub qua emptor obliga-
tus fuit ad retrouendendum,pro impleta habeatur, faciat etiam retrouen-
ditionem,id eſt,vt perinde omnia obſeruentur, acſi retrouenditio facta eſ-
ſet. Id enim iam non ad conditionis duntaxat, ſed ad ipſius quoque obli-
gationis ſubſtantiam pertinet, de qua tamen quoties tractatur, iam dixi-
mus nunquam oblationem ſolam quantumlibet realem facere poſſe vt ſo-
lutum videatur id quod non niſi oblatum fuit. Nam ex quo effectum eſt per
congruam pretij oblationem ex parte venditoris, vt emptoris obligatio quæ
primũ conditionalis tantùm fuerat pura fiat, & inueniatur emptor purè ob-
ligatus ad retrouendendum, incipit venditor, non quidem obligatus, ſed

Digitized by Google

obligãdus eſſe ad ſoluendum pretium emptori quandocunque retrouẽdenti & eo demùm tempore obligabitur quo emptor retrouendet. Eáque obligatio non naſcitur ante factam oblationem, imò nec ante retrouenditionem, quia prius eſt contractam eſſe venditionem, quàm vt de pretio ſoluendo aut debito quæri poſſit, ita neque poteſt ſublata videri per oblationẽ præcedẽtẽ. At neque per obſignationem, ſi qua facta proponeretur, quoniam neque rerũ natura, neque iuris ratio patitur vt ſolutione, aut quo alio modo tollatur obligatio quæ nondum eſt nata. Nec rurſus poſſis dicere, hanc retrouenditionem pro facta haberi debere in odium emptoris per quem ſtat quomi-
8 nus fiat. In eo namque diſpar ratio † conditionis & conuentionis. Conditio nihil eſt, quia nihil niſi priuatio eſt, aut ſi quid eſt, impedimentum duntaxat eſt ad faciendum ne obligatio pura dici poſſit. Ideóque facilè & ex ſumma non tantùm æquitatis, ſed etiam iuris ratione ita comparatum eſt vt habeatur pro impleta quod ad eum per quem ſtat quominùs impleatur. At conuentio facti eſt, & ponit in re aliquid quod anteà non fuit, ſiue conſenſu, ſiue re perficiatur. Non poteſt igitur iuris fictio facere vt conuentio quæ nulla interceſſit, interceſſiſſe aliqua intelligatur. Solúſque Iuſtinianus nedum primus auſus eſt has fingere chimæras, inuita etiam iuriſprudentia, vt prodere tacita credatur interpoſita ſtipulatio quæ reuera interpoſita nulla fuit, *l. nunc. C. de rei vxor. action*. Porrò iam diximus in ſuperioribus aliam eſſe conuentionem de vendendo, aliam verò eam per quam venditio contrahatur. Proinde quamuis in priore venditione pactum adhibitũ ſit de retrouendendo, & per ſolũ emptorem ſtet ne retrouendat, non poſſis tamen aſſequi vt retrouenditio ob eam cauſam pro facta haberi debeat, quam factam eſſe neceſſe eſt vt empti & venditi obligationes naſcantur. Obligationes enim ex conuentionibus & contractibus naſcuntur, ſicut ex ipſis obligationibus actiones. Cui conſequens eſt, quod nos iam ſuprà mo-
9 nuimus, & probauimus, aduerſus † emptorem qui in retrouẽdendi mora eſt, non poſſe ſic ferri ſententiam, vt ad fructuum reſtitutionem quaſi ex iudicio empti condemnetur. Quodnam enim iudicium empti eſſe poteſt ob retrouenditionem quæ nec ſecuta ſit reuera, nec pro ſecuta factáque habeatur? Aut quo iure fructus peti poſſunt per venditorem quos emptor ex re
10 ſua dominiíque titulo percèperit? An ergo † impunita erit mora & contumacia emptoris, qui contractus fidem implere nolit? Si verò ita eſt, quem effectum habebit hoc quod dicimus oblationem venditoris facere vt conditio ſub qua obligatus erat emptor vt retrouenderet pro impleta habeatur? an illum duntaxat vt agere venditor poſſit ad retrouendendum perſonali actione ex contractu, per quam tamen nequeat conſequi reſtitutionem fructuum, quos ſi retrouenditio ex bona fide facta eſſet vtique percepiſſet? Secundùm quam ſentẽtiam euenit proculdubio vt emptori fruſtratio ſua proſit, quod cùm in actione quoque ex ſtipulatu non ſit admittendum ſi Africano credimus in *l. hominem* 37. D. *mandat.* multò minùs ferendum eſt ſi ex bonæ fidei contractu agatur, vt putà ex venditione, aut quod hac parte idem eſt, ex pacto quod in ipſa venditione adhibitum fuerit, aut incontinenti poſt cõtractam venditionem. Reſpondeo poſſe vtraque ex parte rationi iuris commodè ſatisfieri, vt neque condemnetur emptor ad fructus quaſi facta retrouenditione quæ nulla facta eſt, neque tamen fructus lucretur quos poſt moram perceperit, quóſque hodie non haberet ſi ex bona fide rem geſ-

ſiſſet,

ſiſſet, ſic nimirum facienda condemnatione vt id omne quod venditoris intererit impletam eſſe contractus fidem, præſtare emptor teneatur, in quo taxando fructuum quoque omnium poſt moram perceptorum ratio habeatur. Nec enim negari poteſt tanti intereſſe venditoris, qui ſi moram paſſus non fuiſſet, eos fructus vtique percepiſſet. Ita fit vt fructus conſequatur venditor acſi retrouenditio, nec tamen retrotraditio facta eſſet. At non tanquam fructus vt eueniret facta retrouenditione, ſed tanquam id quod intereſt. Cuius quàm diuerſa ratio ſit à fructibus ex eo conſtat, quòd tantundem conſecuturus ſit venditor ſi præſcriptis verbis agere malit, quàm ex vendito, *d. l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.* Cùm tamen actio præſcriptis verbis nunquam ad fructus detur, ſed tantùm ad id quod intereſt actoris. Sed hic rurſus illa occurrit † iniquitas, quòd cùm de eo venditore loquamur, qui venditionis pretium obtulit duntaxat, ſiue re ipſa, ſiue non niſi verbo tenus, nec etiam obſignauit, ita fiet vt venditor fructus conſequatur effectu ipſo, neque tamē eo minus pretium totum penes ſe habuerit, & quidem impunè. An enim condemnabimus eum viciſſim vt vſuras præſtet emptori? Atqui iam diximus nullam venditi obligationem, aut actionem eſſe quaſi ex retrouenditione, antequàm retrouenditio vlla facta ſit, vſuræ porrò pretij non niſi venditori, & actione venditi deberi poſſunt, quia nec pretium extra cauſam venditionis vllum eſſe intelligitur. Non enim omnis pecunia quæ pro re datur pretium eſt, ſed ea ſola quæ datur ex cauſa venditionis. Verùm reſponderi etiam nec incommodè poteſt, venditorem quidem condemnari nō poſſe ad vſuras eius pecuniæ quam pro retrouenditione ſoluturus fuit, ſi retrouenditio facta eſſet, ſed tamen in æſtimando eo quod ipſius intereſt impletam fuiſſe contractus fidem, non pluris credendum intereſſe ipſius ratione fructuū ab emptore perceptorum, quàm quanti fructus illi ſint deductis vſuris quincuncibus, quas ab eo præſtari oporteret, ſi fructus integros iudicio empti cōſequeretur: Vt quemadmodum effectu ipſo fructuum emolumentum venditori acquiritur cui ex pacto retrouendi res debuit, ita vſurarum incommodo venditor perinde grauetur acſi eas præſtaret, quamuis nullas præſtet. Denique vt neque emptoris neque venditoris melior conditio ſit aut deterior quàm ſi retrouenditio ſecuta eſſet: quo caſu nemo dubitaret quin vſurarum habenda ratio eſſet, tametſi oblatum pretium ſi modò non obſignatum fuiſſet, tum etiam cùm defunctus eſſet venditor incerto ſucceſſore, cui proinde offerri nullomodo potuiſſet vt Papinianus reſpondit in *l. euictis* 18. §. 1. *D. de vſur.* Nec quiſquam dixerit, iuxta hanc ſententiam futurum vt nullum ex mora ſua emptor damnum ſentiat, ſi in æſtimandis fructibus quorum ratio habetur in taxando eo quod intereſt, vſurarum quoque quantitas deducatur. Nā cùm vix vnquā accidat, vt iuſto pretio vendatur quid ſub pacto de retrouendendo, propter onus illud retrouendendi, quod partem pretij, vt diximus, cōſtituit, illud etiā euenire neceſſe eſt vt pluris ſint fructus ab emptore percepti, quàm ſint vſuræ quincunces ad quarum vſque modū diminuitur æſtimatio eius quod intereſt venditoris. Itaque vt concludamus, cautiùs & conſultiùs † faciet venditor ſi pecuniam retrouenditioni extorquendæ neceſſariam non ſolùm offerat, ſed etiam obſignet, Non vt in mora conſtituat emptorem, aut vt eum obliget ad retrouendendum, præſtandúmve quanti eo nomine ſua intererit (quam in rem ſanè oblatio ſola ſufficere poteſt) nec rurſum vt retrouenditio pro facta habeatur, fructuúmque condemnatio induca-

tur (quod ne quidem per obſignationem fieri poteſt) ſed vt ex condemnatione eius quod ſua interérit, maius emolumentum conſequatur, poſsitque dicere pluris ſua intereſſe quòd non re tantùm vendita, ſed etiam pecunia caruerit, quam emptori vt retrouenderet præſtare paratus fuit.

ERROR SEPTIMVS.

De irreuocabili acquiſitione rei venditæ ſub pacto de retrouendendo.

SVMMARIA.

1 *Ex pragmat. & interpp. ſententia, Res quæ vendita eſt ſub pacto de retrouendendo non priùs irreuocabiliter emptori acquiſita intelligitur, quàm tempus retrouenditionis prӕterierit.*

2 *Relata ſententia vt erroneè refutatio. & ſeqq.*

3 *Qui obligatus eſt ad retrouendendum nō cogitur præcisè vt retrouēdat, ſed liberatur præſtatione eius quod intereſt habita ratione fructuum poſt moram perceptorum.*

4 *Noua eſt alienatio quæ fit per retrouenditionem & retrotraditionem, licèt ſit eiuſdem rei.*

5 *Aliud quoque eſt dominium quod per retrouenditionem & retrotraditionem ab emptore redit ad venditorem.*

6 *In ſpecie l. ſi à te. 7. C. de pact. int. empt. & vendit. dominium non fuiſſe irreuocabiliter acquiſitum emptori.*

7 *Aliud eſt irreuocabiliter quæſitum eſſe dominium: aliud inalienabiliter.*

8 *Aliud item reuocari dominium rei venditæ, aliud recuperari.*

9 *Ratio qua mouentur interpretes vt ſtatuant primum venditorem irreuocabiliter non alienaſſe, & eius refutatio.*

10 *Multùm referre quibus verbis concepta ſit pactio venditioni adhibita.*

11 *Summa diſputationis autoris contra ſententiam pragmaticorum.*

NON eſt difficile ex ſuperioribus intelligere quàm falſum & ineptum ſit, quod interpretes & pragmatici omnes, vt video & audio, paſſim iactitant, Rem † quæ vendita eſt ſub pacto de retrouendendo non priùs irreuocabiliter emptori acquiſitam intelligi, quàm tempus præterierit intra quod retrouenditio
2 peti poſſit. Nam † ſi verum eſt quod nos probauimus, Eum † qui obligatus eſt
3 ad retrouendendum non cogi præcisè vt retrouēdat, ſed liberari præſtatione eius quod intereſt habita ratione fructuū poſt morā perceptorum, *arg. l. 2. C. de pact. int. empt. & vend.* iunct. *l. 1. D. de act. empt. l. ſi traditio 4. C. eod.* nō poteſt pactum de retrouendendo facere vt eò minùs dominium rei venditæ & traditæ acquiratur irreuocabiliter emptori ex cauſa iuſtæ, perfectæ, impletæque venditionis. Quid enim cum dominio cōmune habet actio perſonalis de eo quod intereſt venditoris, ſiue ex vendito illa ſit, ſiue præſcriptis verbis? Illud ſiquidem certiſſimi iuris eſt, in actionibus perſonalibus nō de iure dominij, ſed de perſonali tantùm obligatione diſputari, neque verò pertinere illas ad cauſam repetēdi dominij præterquàm ſi condictione agatur. Sed etſi admitterem, præcisè ad hoc obligatum eſſe emptorē vt retrouendat, nec audiri debeat, ſi malit præſtare quanti intereſt venditoris, nihilomagis tamen faterer irreuocabilem nō fuiſſe dominij acquiſitionem quæ ex cauſa venditionis in perſona emptoris ſemel conſtiterit. Semper enim illud verum eſſet, neceſſariā eſſe retrouenditionem ad dominium in venditorem transferendum, & cum retrouenditione etiam retrotraditionem, vt omnes fatentur, ideóque † noua
4 alienatio eſt quę fit ab emptore in venditorem, & conſequenter, licèt dominium ſit eiuſdem rei quod per retrotraditionem transfertur, aliud tamen dominium

minium eſt quàm quod priùs tranſlatum fuerat à venditore in emptorem,ſi-
cut & in iis condictionibus euenit, per quas repetimus dominium eius rei
quæ aliquando noſtra fuit, vt non illud ipſum dominium repetamus quod
antea fuit noſtrum,quemadmodum vindicantibus cōtingeret, ſed illud quod
nunc ſit poſſeſſoris, *l. videamus* 38. *§. ſi actionē. D. de vſur.* Id enim eſt,quod di-
ci ſolet neminem condicere rem ſuam niſi à fure, *l. vlt. D. de vſufr. quemad. ca-
ueat. §. ſic itaque. Inſtit. de action.* At verò ſi admittas quod negare nō poſſis,a-
liud eſſe dominium † quod per retrouēditionem ſecuta etiam retrotraditio- 5
ne redit ab emptore ad venditorem , quàm quod per primam venditionem
tranſlatum fuerat à venditore in emptorem,illud ſtatim conſequens fiet,fuiſ-
ſe rem illam ex prima vēditione irreuocabiliter acquiſitam emptori. Alioqui
noua alienatione opus non eſſet,vt nec opus eſt cum per legem cōmiſſoriam
fundus ſit inemptus,aut per eam conuentionē cōmiſſoriç legi ſimilem,de qua
in *l. ſi à te. 7. C. de pact. int. empt. & vendit.* quo demum caſu † ſanè dici poteſt 6
non fuiſſe irreuocabiliter acquiſitum dominiū emptori,qui ſola cōuentionis
poteſtate ex emptore ſit non emptor:ita vt non tā redeat dominiū ab empto-
re ad vēditorem,quàm perpetuò māſiſſe intelligatur penes venditorē,vt pro-
bāt verba illa *d. l. ſi à te. Vt iure dominij eandem rem retineat.* Innuūt enim non
antè videri in illa ſpecie dominium rei vēditę acquiſitū emptori quā deſierit
fundus venditus fieri poſſe inemptus:quod tunc euenit cùm elapſa ſunt tem-
pora intra quæ poterat venditionis pretium reddi, vt fundus inemptus con-
ſtitueretur ex lege venditioni dicta.Et ſanè aliud eſt irreuocabiliter † quæſitū 7
eſſe dominium,aliud inalienabiliter. Irreuocabiliter transfertur dominiū rei
venditæ ſub pacto de retrouendendo, ſed non inalienabiliter , quia in eo eſt
res vendita vt alienari quandoque poſſit & debeat in eum ipſum vēditorem
à quo prius fuerat alienata,aut in eius heredem. Quemadmodū & lōgè aliud
eſt reuocari † dominiū rei vēditæ,aliud recuperari. Reuocationis effectus ille 8
eſt vt nunquam tranſlatum eſſe videatur. Recuperationis contrà ille,vt eius a-
liquando fuerit à quo venditor recuperat, qui nec alioquin recuperare ab
eo poſſet. Atque hoc nimirū eſt in quo pragmatici omnes & interpretes fal-
luntur,putantes nō videri alienatum irreuocabiliter dominiū,quod redire a-
liquando ad venditorē poſſit, licèt rediturū ſit ex noua cauſa poſterioris vē-
ditionis. Quod ſi rectè diceretur,fatendū eſſet nullā vnquā irreuocabilē futu-
rā eſſe dominij acquiſitionem,nec ſi facta eſſet venditio nullo ſubiecto pacto
de retrouendendo. An nō enim perinde fieri poſſet vt eadem res ab emptore
rurſum eidē ipſi venditori venderetur ? Aut quid eſt quod ita alienari queat,
vt hoc ipſo fiat inalienabile ? Niſi proponas talē fortaſſe emptorē,cui bono-
rū ſuorū alienatio interdicta ſit, puta pupillum, aut eccleſiā,aut vniuerſitatē.
Atqui,inquies, † multū intereſt an ſecūda hæc venditio fiat ex mera & ſpon- 9
tanea emptoris voluntate , an ex neceſſitate præcedentis conuentionis : quia
cùm habet dependentiam, vt noſtri loquuntur, à prima venditione ferè eſt vt
noluerit primus venditor cùm vendidit abiicere ſpē rei ſuę quandoque reuo-
candę,nec proinde irreuocabiliter eā alienare. Imò, inquam, nihil prorſus hac
parte intereſt,cum de irreuocabili acquiſitione dominij diſputatur:quia æquè
vtroque caſu ſpontanea retrouenditio eſt , quam emptor facere ſi nollet non
cogeretur , id eſt ſi mallet præſtare quanti venditoris ſui intereſſet , quæ res
eximeret eum ab obligatione,nec tamē dominiū ei aufferret. Illa ergo domi-
nij tranſlatio licèt cū fit,fiat ex neceſſitate præcedentis obligationis,pro ſpō-

tanea tamen haberi debet, quia in poteſtate emptoris eſt vt non retrouendat, quamuis non itẽ vt non ſit obligatus ad præſtandũ quanti venditoris intereſt ob non factam retrouẽditionẽ. Ex eóque apparet clariùs, quàm verũ ſit
10 quod nos toties ſuprà inculcauimus, multũ referre, † quibus verbis concepta ſit pactio venditioni adhibita, an per formulam legis cõmiſſoriæ, an per eam quæ ſit ſimilis legi commiſſoriæ, de qua in *d.l.ſi à te* (per vtrâque enim ſit res inempta ipſo iure) an per ea verba quæ extant in *d.ct.l.2.eod.tit. de pact. inter empt.& vend.* an denique conuenerit de retrouendendo. Alia namque & alia omniũ harũ conuentionũ poteſtas eſt, ſed nulla emptori fauorabilior ad dominiũ retinendũ, quàm quę obligat eum vt retrouẽdere teneatur. Hoc enim caſu non aliter dominiũ reuertitur ad venditorẽ, quàm & conuentionẽ ſecuta ſit retrouenditio, & traditio quoque retrouenditionem, cùm tamen aliis caſibus ſufficere poſſit vel impletã eſſe conditionẽ, quæ fundum ipſo iure inemptum fecerit, vel reſtitutũ eſſe fundũ emptori nulla intercedente retrouenditione, ita ſcilicet ferente conuentionis natura & poteſtate, quæ ex ineũdi modo ſemper æſtimanda, & metienda eſt, *l.ſi procuratorem*.8.D.*mandat.l.naturalis* 5.§.1.*& paſſ.de præſcr.verb.* Quod tamen pragmatici noſtri non obſeruant. Sic enim totam rem hanc tractant quaſi nihil penitus interſit an quis vendat fundum ſub pacto de retrouendendo, an ita fundus ſit venditus niſi pretium intra certum tempus reſtituetur. Cùm tamen inter has conuentiones differẽtia euidens illa ſit, quòd hoc poſteriore caſu pretio intra præfixum tempus reſtituto, fundus ſic inemptus conſtituitur vt nunquam venditus dici poſſit impleta nimirum conditione ſub qua conuenerat ne venditus videretur, *l.2. D.de in diem addic.* vbi Vlp. ſcribit in ſpecie non diſſimili conditionalem factam intelligi venditionẽ, quę ſicut ante impletam cõditionẽ nulla eſſe creditur, ita nec habilis eſſe poteſt ad dominium interim trãsferendum. At priore caſu, id eſt inita venditione ſub pacto de retrouendendo pura venditio eſt, & quidem adeò pura vt non ſolũ non contrahatur ſub cõditione, ſed nec reſoluatur, quoniã vt iam alibi diximus, retrouẽditio ſecuta licèt ex neceſſitate pacti de non petendo non prioris venditionis reſolutio eſt, ſed noua venditio, quæ tantum abeſt vt priorem deſtruat, vt nec aliter valere, effectúmq. habere poſſit, quã ſi priorẽ ſubſiſtere & valere patiatur. Quomodo enim retrouẽdere atq; ita dominiũ trãsferre poſſet is, qui prior dominus factus nõ eſſet?
11 *l.ab emptione* 58. vbi eſt textus elegans, D.*de pact.* Verum † igitur eſt quod nos volumus emptorem qui pactus eſt de retrouendendo non eo minùs dominiũ irreuocabiliter acquiſiuiſſe intelligi, ſed tantum perſonali obligatione teneri ad retrouendendũ, & quidẽ ſub conditione ſi vẽditor intra conſtitutũ tẽpus reſtituet pretium venditionis. Proinde ſi venditor ex parte ſua cõditionẽ illã non impleuerit, nihil aliud iuris acquiritur emptori, quàm vt deſinat eſſe vllo modo obligatus, quia & deſinit poſſe impleri vnquam cõditio ſub qua fuerat obligatus, cũ venditor qui intra certã dictámque diẽ pretiũ reddere aut ſaltẽ offerre debuit, ſi poſt diẽ offerre velit nõ ſit audiendus. Nam nec fauore libertatis ea moræ purgatio aduerſus diei lapſum admitteretur, *l. Thais* 41.§. *intra certa tempora*.D. *de fideic.lib.* Cæterùm quod ad dominij cauſam pertinet, neq; magis dominus fieri poteſt emptor qui iam ex cauſa venditionis factus erat per traditionẽ verus dominus, quia quod meũ eſt magis meum fieri nõ poteſt, vt habet iuris regula, neque irreuocabilẽ dominij acquiſitionẽ nãciſci, qui iam ſic dominium nactus fuerat, vt ab inuito eo neque ipſo iure &

ſola

ſola conuent ionis poteſtate, neque per extorquendam retrouenditionem auocari vnquam potuiſſet. Textus eſt pro ſententia noſtra valdè accõmodatus in *l. non ideo minus 66. D. de rei vindic.* Quantùm verò illud etiam interſit, an ex venditione facta ſub pacto de retrouendendo intelligatur dominium emptori acquiſitum reuocabiliter, an irreuocabiliter, & quos effectus ea diſtinctio pariat, ex ſequentibus apparebit.

ERROR OCTAVVS.

Si is qui emit ſub pacto de retrouendendo deceſſerit ante retrouenditionem relicto herede cum beneficio legis & inuentarij.

SVMMARIA.

1 Quum is qui emit ſub pacto de retrouendendo deceſſit ante retrouenditionem relicto herede cũ beneficio inuẽtarij, an poſſit agere venditor contra heredẽ vt retrouendat, an verò ſit remittendus ad bonorum diſcuſſionem.

2 Dictæ quæſtionis vis in quo cõſiſtat, & quæ ſit eius in vtranque partem ratio.

3 Ex ſententia pragmaticorum vẽditor poteſt contra heredem experiri, eúmque vrgere vt retrouendat.

4 Pragmaticorum ſententiam falſam eſſe.

5 Venditor qui agit ex pacto de retrouendẽdo nullum habet priuilegium prælationis.

6 Ne quidem ſi emptoris bona fuerint pignoris conuentione generali venditori obligata.

IAM frequens hodie quæſtio hæc eſt in tribunalibus, quàm frequenter vſuuenire cernimus, vt ij quibus hereditates, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato deferuntur, nõ niſi cum beneficio legis & inuentarij heredes eſſe velint. De illo autem quæſtio † eſſe 1
ſolet, an ſi is qui emerat ſub pacto de retrouendendo deceſſerit ante factam retrouenditionem, nec heredem reliquerit niſi cum beneficio legis, & inuentarij, poſſit venditor propria & ſeparata actione contra heredem agere vt retrouendat, an verò cum cæteris creditoribus hereditariis remittendus ſit ad inſtantiam generalis, vt vocant, bonorum diſcuſſionis. Quæſtionem † in eo plerique eſſe putant, vtrum ex conuentione illa iuſta 2
& legitima de retrouendendo detur actio contra emptorem eiúſue heredem in id præcisè vt res retrouendatur, an in id potiùs quod venditoris intereſt contractus fidem impleri ſi per emptorem ſtet quominùs impleatur. Nam ſi quis admittat hanc actionem in id præcisè dare, vt retrouenditio fiat, conſequens ſanè videtur vt ad generalis diſcuſſionis inſtantiam remitti venditorem non oporteat: quoniam in ea inſtantia non niſi de creditorum iuribus & ordine diſputatur, & hactenus quidem vt tractetur de bonis defuncti autoritate iudicis poſſidendis, vel venundandis, in propoſito autem nec poſſideri nec venundari venditor vult eam rem quam intendat ſibi reſtitui oportere, precio à ſe viciſſim reſtituto, ex quo tanquam hereditario & in ipſius rei locum ſubſtituto creditoribus ſatisfieri poſſit. Idem enim iuris fore fatentur omnes, ſi qua aduerſus heredem cum beneficio legis & inuentarij proponenda eſſet vindicatio, ſiue dominij, ſiue poſſeſſionis, neque actor eo caſu de iure ſuo cum cæteris creditoribus in generali diſcuſſionis inſtantia cõtendere cogeretur. Nec dixerit quiſpiã parum intereſſe actoris an ad hanc aut ad illam inſtantiam remittatur. Nemo enim neſcit quãtas, quámque inexplicabiles moras ſecum trahere ſoleat diſcuſſio hereditatis, quámq; longè

expeditius

expeditius actori fuerit cum aduerſario vnico, id eſt cum herede quàm cũ tot
creditoribus litigare: Non quòd ſi liti intereſſe cæteri creditores velint, prohi
bendi ſint ne fortè inter actorem & heredem in cęterorum necẽ colludatur,
tãtóq; pauperior fiat hereditas quæ iã ſuſpecta ſit, ſed vt ſi cum herede ſolo a-
ctũ ſit, & cõtra eum pronunciatũ, nõ poſſint cæteri creditores authoritatem
rei iudicatæ eludere hoc vno prætextu quòd ipſis inauditis de retrouenden-
di iure cognitum fuerit. Sufficit enim litem cum legitimo contradictore &
inſtitutam & peractam eſſe, legitimus porrò contradictor aduerſus venditorẽ
alius eſſe nõ poteſt quàm emptor aut qui in emptoris iura omnia ſucceſſerit,
id eſt heres eius, non etiã reliqui creditores, niſi cum venditoris eadem con-
ditio eſt quæ cæterorum creditorum, vt de omnium ſimul iure & ordine in
3 eadem diſcuſſionis inſtantia diſceptetur. Pragmaticorum † autem ſentẽtia eſt,
eáq; in iudicãdo & conſulendo etiã apud peritiores receptiſſima, non eſſe co-
gendum venditorem vt in diſcuſſionis inſtantia poſtulet retroueditionem:
ſed poſſe illum ſi malit ſeparato in hanc rem iudicio heredẽ vrgere, vt retro-
uendat. Mouentur ex eo quod non dubitãt, quin ex pacto de retrouendendo
cõpetat actio venditori nõ ſolùm perſonalis ad hoc præciſè vt emptoris he-
res qualiſcunq; ille ſit retrouendere teneatur, ſed etiam in rẽ & vindicatio ſal-
tẽ vtilis ex ea Pauli Caſtr. traditione quã vulgo interpretes probare ſolent, *ad*
4 *l. ſi cũ venderet D. de pig. act.* Ego verò auſim † dicere non minus falſam eſſe
pragmaticorũ ſentẽtiã, quàm falſa & abſurda ratio illa eſt qua mouẽtur. Ac de
Caſtrenſis quidẽ opinione quib. rationibus nobis non probetur, ſequẽti cap.
dicemus: Sed quod ad propoſitam quæſtionem attinet dico ſuperioribus cõ-
ſequens eſſe vt priuilegium inter creditores hac parte nullum habere de-
beat, qui agit ex pacto de retrouendendo. Si enim non niſi perſonalem actio-
nem habet, eámque non ad id præciſè vt res retrouendatur, ſed ad id tantùm
vt vel contractus fides impleatur, vel ob eam non impletam id quod in-
tereſt præſtetur, cur habeat ille plus iuris, quàm ſi ad id duntaxat quod ſua in-
tereſſet præciſam haberet actionem? Sed etſi venditori actio competeret ex
pacto præciſè ad retrouendendum, cùm tamen non niſi perſonalis quoque
actio illa futura eſſet, cur aliam venditoris huius rationem conſtituamus,
quàm cæterorum creditorum perſonalem duntaxat actionem habentium?
Poſſet fortaſſe huius creditoris fauor aliquis in eo eſſe quòd eam rem repo-
ſceret, quæ aliquando fuiſſet ſua, quámque non aliter fuerat vendíturus quàm
ſibi retrouenditum illam iri ſperaſſet. Poſſétque rurſum fauor ille inducere
priuilegium prælationis, vt in ea ſaltem re venditor hic cæteris creditoribus
præferretur. Sed vtut ita eſſet, nihilomagis tamen conſequens fieret quod
pragmatici volunt non eſſe cogendum eum de iure ſuo cum cæteris cre-
ditoribus in diſcuſſionis inſtantia diſputare. Nihil enim vetat inter chi-
rographarios quoque creditores aliquos eſſe priuilegarios quorum po-
tior cauſa eſſe debeat, licèt tempore ſint poſteriores. Tritum namque eſt, pri-
uilegia perſonalium actionum non ex tempore æſtimari, ſed ex cauſa *l. priui-*
legia 32. De bon. autor. indic. poſſ. vel venund. quomodo inter cęteras cauſas do-
tis, depoſiti, funeraria, & aliæ nonnullæ priuilegium habere exiſtimantur.
5 Sed tamen ſi verum amamus, nec illud admitti poteſt vt † prælationis priui-
legium habeat venditor qui agit ex pacto de retrouendendo. Nam ſi verum
eſt, quod neque pragmatici ipſi diffitentur, venditorem qui rei à ſe venditæ
pretium conſecutus non eſt, ſi pretium illud petat, & cum cæteris credito-

ribus

Digitized by Google

ribus concurrat, priuilegium nullum habere, nec ſi in rem ipſam venditam
agere velit, quia neque tacitam hypothecam vllam habere intelligatur, ne-
que cùm habet expreſſam, habeat etiam ius prælátionis in quo deterioris
conditionis eſt quàm qui pecuniam credidit ad emendum, *l. licet.* 7. *C. qui po-*
tior. in pignor. habeant. quantò minùs aut hypothecæ tacitæ aut prælationis
ius habere is debebit, qui & vendidit, & venditionis pretium cõſecutus eſt,
licèt vendiderit ſub pacto de retrouendendo, ſi poſteà nolit emptor retro-
uendere? Hic enim vtique multò minùs iuris habet in rem venditam, quàm
is cui pretium nondum fuerit ſolutum: quem conſtat poſſe velut taciti pi-
gnoris iure rem retinere donec pretium ſoluatur, *l. Iulianus* 13. §. *offerri. de a-*
ction. empt. At is qui & vendidit, & iam tradidit, adeóque pretium conſecu-
tus eſt omne ius non ſolùm dominij, ſed etiam poſſeſſionis à ſe abdicauit,
nec proinde aut retinendo aut qua alia ratione proſpicere ſibi poteſt, præ-
terquàm agendo, ſi vendiderit ſub pacto de retrouendendo. Quid verò ſi
emptoris† bona omnia generali conuentione pignoris vẽditori ſint obliga- 6
ta, & conſequenter ea ipſa res vendita? Non poteſt pignoris conuentio aliam
actionem inducere quàm hypothecariam, & quaſi Seruianam, quam porrò
in generalis bonorum diſcuſſionis inſtantia exerceri nihil vetat, cùm ſit ea
inſtantia communis creditorum omnium non ſolùm chirographariorum
ſed etiam hypothecariorum. Sed an faciet hypotheca vt in ea ſaltem re præ-
feratur venditor cæteris creditoribus, ſicut dici ſolet in eo qui de re aliqua
tecum pactus eſt, ne alij eam quàm ſibi vendas? Hunc enim, ſi cauerit ſibi de
pignore atque ita ius ſibi acquiſierit non ſolùm in rem, ſed etiam in re ipſa,
vulgò creditum eſt præferendum eſſe non modò aliis creditoribus, ſed etiam
cuilibet emptori: ac multò magis ſi eam ipſam rem ſpecialiter pignori acce-
perit, ex *l. ſi debitor* 7. §. *vlt.* D. *de diſtract. pignor.* Verùm ſunt iſta longè diſſi-
milia vt ego quidem exiſtimo. Nam etſi maximè vera eſſet ea ſententia quæ
potiórem vult eſſe cauſam pactionis de non alienando accedente vinculo
pignoris quàm alienationis, de quo alibi & ſeparatim tractandum erit, lon-
go tamen interuallo differt pactio de non alienando à pactione De retro-
uendendo, quæ ipſa in contrarium De alienando eſt. Facilius enim eſt vt
alienare quis prohibeatur, quàm vt alienare cogatur, & ius quod quis ſibi
in re aut acquiſiit aut retinuit, potentius eſt ad inhibendam alienationem,
quæ in alium fieri poſſet, quàm ad eam ab inuito extorquendam, quia quo
magis valeat alienatio, eo pleniorem & liberiorem eſſe neceſſe eſt in alie-
natore alienandi facultatem: Proinde pactum de retrouendendo tametſi ma-
ximè adiunctam habeat pignoris conuentionem, nunquam facere poteſt
quominùs plenum dominij ius tranſeat in emptorem, & conſequenter non
prodeſt venditori ad hoc vt in ipſam rem venditam agere poſſit ad retrouen-
ditionem obtinendam. Neque enim res ipſa eſt quæ retrouendere debet,
ſed perſona emptoris, nec quemadmodum per rem ipſam interdum fit ne va-
leat alienatio, nimirum cùm res ipſa facta eſt inalienabilis ſiue per con-
uentionem, ſiue qua alia ratione: ita ſimiliter poſſis dicere per rem ipſam fie-
ri vt retrouendi omnimodo debeat, aut quòd adhuc difficilius eſt, vt pro re-
trouendita habeatur. Siquidem in retrouendendo factum verſatur. Ergo
perſonæ. In non alienando, non factum in quo, id eſt vt ne quid fiat, perſo-
nam aliquam interuenire neceſſe non eſt, potéſtque pactio ſufficere quæ
rem ipſam afficiat, & inalienabilem reddat.

Digitized by Google

ERROR NONVS.

De ſpecie & ſententia l.ſi cùm venderet 13.D.de pignor.action.

SVMMARIA.

1 *Ex ſtatuto eſt apud Sabaudos, quod datur venditori ſub pacto de retrouendendo actio non tantùm aduerſus emptorem, ſed etiam aduerſus tertium poſſeſſorem.*

2 *Vnde prædictum ius deducat Paulus Caſtrenſis.*

3 *à Triboniano adiectam integram clauſulam l.ſi cùm venderet.13.D. de pignor. act. quã nititur Caſtrenſis.*

4 *Inauditum eſt prudentibus vt creditori qui pignus ſuo iure ritè diſtraxerit, competat vindicatio contra emptorem.*

5 *Caſtrenſis ratiocinatio reprobata.*

6 *Euiſdem Caſtrenſis plures errores notati.*

7 *Diſputatio cõtra Tribonianum d.l.13.corruptore, qua docetur vindicationem debitori non competere aduerſus emptorem pignoris.*

8 *Nulla vindicatio cõtra dominum datur.*

9 *In ſpecie d.l.ſi cùm venderet.13. poteſtatẽ conuentionis non facere vt pignus quod venditum fuit oblato poſtea per debitorem pretio pro non vendito habeatur.*

10 *Actionem in factum debitori aduerſus emptorem pignoris competere non poſſe.*

11 *Quo caſu verum ſit quod ſcribit Vlpianus in d.l.13.teneri creditorem pignoratitia, vt actionem ex vendito praſtet debitori.*

INTERPRETVM error iſte eſt verius quàm pragmaticorũ noſtrorum, nam ius quo paſſim hac in re vtimur, vt † ex pacto de retrouendendo agere vẽditor poſſit, nõ tantùm aduerſus emptorem, ſed etiam aduerſus tertium quẽlibet poſſeſſorẽ veteris ſtatuti autoritate nititur, quo idipſum diſertè cõſtitutum eſt in cap.ex frequentibus.lib.2.Sed ſtatuto cauſam dedit proculdubio error interpretum, quorum pleriſque viſum eſt hoc ipſum ex æquiſſima & veriſſima iuris ratione dici poſſe. Eiúſque ſententiæ † autor vulgò laudatur Paulus Caſtrenſis ad *l.ſi cùm venderet 13. D. de pignor. act.* vbi quod lex ait de pacto interpoſito à creditore pignus diſtrahente, vt debitori quandocunque pretium offerenti emptor id reſtituere teneretur, dandam ſcilicet debitori actionem non ſolùm pignoratitiam aduerſus creditorem vt cedat ea actione quam ex pacto ſibi quæſiit contra emptorem, ſed etiam ex pacto ipſo aduerſus emptorem in factum actionem, adeóque vtilem rei vindicationẽ, idipſum producit Caſtrenſis ad eum caſum quo quis vendiderit ſub pacto de retrouendẽdo eã rem quã poſtmodum emptor in aliũ alienauerit, ſiue ante, ſiue poſt oblatum à priore venditore pretium, poſterior alienatio facta eſſe proponatur, quaſi pacti de retrouendendo ea vis & poteſtas eſſe debeat vt vtilem dominij tranſlationẽ inducat, in eóque differat à lege commiſſoria, & à pacto addictionis in diem, quòd ex pactis illis non vtile duntaxat, ſed etiam directũ dominium ipſo iure & citra vllam traditionem transferatur, quia tendunt, inquit ille, ad contractum reſoluendum ex quo directum illud dominiũ fuerat tranſlatum. Neque dubitat Caſtrenſis, quin alienata re quæ ex pacto retrouendi debuit tanta pacti vis eſſe debeat contra ſecundum emptorẽ, quanta contra primum futura erat ſi is rem non alienaſſet, propterea quòd non potuerit alienatio fieri niſi cum ſua cauſa, & vt vulgari noſtrorum brocardico iactari ſolet, reſoluto iure datoris reſolui etiã neceſſe ſit ius acceptoris *l. lex vectigali fũdo 31. D. de pignor. l. debitor 40. §. vlt. D. de pignor. act.* Quæ tota traditio non plura certe verba continet quàm errata. Vt mirandum ſit tanto poſteriorum interpretum ferè omnium adeóque ſupremorum tribunalium applauſu receptam eam fuiſſe, niſi fortè Triboniano potiùs quàm Caſtrenſi

aut

aut alij vlli ex interpretibus ſuccenſendum eſt, qui ſanè ſi quid mei iudicij 3
eſt,elegans illud Vlpiani reſponſum quod extat in *dict.l. ſi cùm venderet*,tur-
piter fœdauit,adiecta de ſuo,vt ſolet,integra illa clauſula quæ vna interpretes
fefellit ac tot erroribus cauſam dedit, *ſed & ipſe debitor aut vindicare rem po-
terit aut in factum actione aduerſus emptorem agere.* Nec enim apud me du-
bium eſt quin à certiſſimis & notiſſimis iuris regulis ea ſententia abhorreat,
proindéque Triboniano adſcribi debeat, non Vlpiano. Plus putat Caſtren-
ſis,in ſpecie illius legis vindicationem quæ datur debitori contra pignoris
emptorem, nec niſi vtilis eſt in perſona debitoris qui pactus non fuit, credi-
tori ipſi accommodãdam eſſe,vt non tantùm ex pacto agere poſſit aduerſus
emptorem pignoris,ſed etiam pignus ipſum oblato emptori pretio ſi malit,
vindicare.Quod ſi ita eſt,non abs re cum eodem Caſtrenſi dicere iam omnes
poſſint textum illum eſſe ſingularem, nec alia vlla iuris parte alium reperiri
quo idipſum probari poſſit. Etenim vt hinc noſtra incipiat non contra Tri-
bonianum,ſed contra Caſtrenſem diſputatio(nam de actione ex pacto de re-
trouendendo contra tertium poſſeſſorem dicemus capite ſequenti) quis vn-
quam † ex prudentibus dixit, creditori qui pignus ritè diſtraxerit ſuo iure &
tanquam creditor,competere poſſe vindicationem aduerſus emptorem?Quid 4
in iure noſtro certius, quàm vindicationem non niſi domino dari, & contra
eum qui non dominus ſit, ſed tantùm poſſeſſor? Quid vulgarius,quàm cre-
ditorem dominum non eſſe ne tum quidem cùm pignus ſibi traditum ad-
huc poſſidet necdum vendidit?Quantò minùs poſt factam à ſe venditionem?
Quid rurſum apertius,quàm quod tot locis ſcriptum eſt creditorem qui pi-
gnus ſuo iure diſtraxit ſeruatis ſolennibus,licèt pignoris dominus non fue-
rit,dominium transferre in emptorem? Quo admiſſo, quid iuris poteſt ha-
bere ille ad vindicandam rem quam ipſe alienauerit? Itaque quamuis verum
eſſet, quod nos contra Tribonianum mox negabimus, moram faciente em-
ptore in pretio recipiendo quod à debitore ſecundùm creditoris pactio-
nem offeratur, dandam eſſe debitori vindicationem contra emptorem,nul-
la tamen ratio ſubeſſet, at nec rationis color vllus vt eadem actio accommo-
dari deberet creditori. Nam in perſona debitoris poſſit quis diſputare,
quod Tribonianum ſatis incautum & imprudentem Iureconſultum fallere
potuit, oblato emptori pretio ſi id emptor accipere ſine cauſa recuſet, per-
inde habendum eſſe acſi venditio nulla facta fuiſſet, cùm fidem pactionis in
vendendo adhibitæ implere emptor nolit, nec ob id meliorem eſſe empto-
ris conditionem oportere quòd in frangenda pacti fide improbè verſetur.
Atqui ſi venditio nulla facta eſſet,nemo dubitaret quin debitori liceret ob-
lato precio rem ſuam recuperare, adeóque quaſi iam ſublato pignoris vincu-
lo,ſaltem ſecuta obſignatione quæ ſolutionis vice eſſe poſſet,vindicare: quia
pignoris dominus manet debitor,neque verò aliter pignus dare poteſt quàm
ſi eo tempore quo pignus conſtituitur dominus proponatur, *l. cùm & ſortis
35.§.vlt.D.de pignor.act.l.& quæ nondum 15.§.quod dicitur.D.de pignor.*At fin-
ge quantùm voles ob moram & contumaciam emptoris nolentis implere
fidem venditionis, perinde habendam eſſe venditionem acſi facta non fuiſ-
ſet (quòd tamen nulla arte nulliſque machinis aſſequi vnquam poſſis). quid
aliud efficies niſi vt emptor dominus ampliùs eſſe non videatur, quippe qui
pignoris dominium nec nanciſci nec retinere ſibi potuit,niſi ex cauſa vendi-
tionis? At non illud æquè effeceris,vt creditor ipſe dominus iam eſſe intelli-

Digitized by Google

getur, quia neque dominus erat ante venditionem : alioqui ſola contractus reſolutio plus iuris adferret, quàm ante contractum habuiſſet is in cuius cõmodum ea reſolutio fieret, quod tamẽ neque iuris ratio patitur, neque ipſum quidem reſolutionis nomen. Quid enim aliud eſt reſolui contractum quàm pro non facto haberi? Cur ergo poſt reſolutam culpa emptoris venditionem quam creditor ipſe fecerit, dabimus creditori vindicationem, quam nulla facta venditione non eſſet habiturus? Siquidem iam diximus, ad dandã vindicationem ſiue directam ſiue vtilem, non illud ſolùm requiri ex parte poſſeſſoris vt non ſit dominus, ſed etiam & potiſſimùm ex parte actoris, vt
5 ſe dominum probet. Stulta igitur eſt ratiocinatio illa Pauli Caſtrẽſis, vt quia vtilem pignoris vindicationem Tribonianus dat debitori contra emptorem, eadem multò magis danda ſit creditori, cùm diuerſitatem iuris in perſona debitoris & creditoris illud inducat, quòd etſi poſt pignoris venditionem ritè factam neuter ſit dominus, tameñ verum eſt debitorem aliquando fuiſſe dominum, ſcilicet ante venditionem, creditore verò nunquam. Feſel-
6 lit Caſtrenſem † quod putauit vindicationem hanc quam debitori Tribonianus accommodat, non niſi ex perſona creditoris qui pactus fuerat, poſſe cõpetere, ſicut nec illam in factum actionem, cuius eadem clauſula meminit, quæ cùm naſcatur ex pacto & ſit in perſonam, procuidubio dari non poteſt debitori qui pactus non eſt, niſi ex perſona creditoris qui pactus fuit, ſiue ceſſa ea ſit, ſiue non: Hac ſola differentia, quòd quæ ceſſa eſt, directa eſt cùm ex perſona quoque cedentis exerceatur: quæ verò ceſſa non eſt, ea ſi qua ſit quæ competat, non niſi vtilis eſſe poteſt. Et ſanè fieri nequit vt ex alterius perſona poſſit quis exercere actionem, quam alius ille non habeat. Sed negandum eſt quod Caſtrenſis ſupponit pro vero, vindicationem hanc quam Tribonianus dat debitori contra emptorem, dari ex perſona creditoris. Ita enim fiet vt nullo prætextu poſſis eandem actionem accommodare credi-
7 tori. Sed & illud negandum † eſt quod Tribonianus vult, vt iam cum Triboniano certemus, dandam debitori vindicationem aduerſus emptorem, imò ne quidem actionem in factũ vtilem ſine ceſſione. Nam quod ad vindicationem pertinet, ne debitori vllomodo dari poſſit illud omnino eſt impedimento, quòd, vt iam diximus, creditore pignus vtiliter diſtrahente, id eſt, dũ ne quicquam ſit quod prohibeat aut vitiet diſtractionem, dominium pignoris tranſit in emptorem licèt creditor qui alienauit non fuerit dominus *§ 1. Inſtit. quib. alien. licet vel non. l. qui à creditore 18. C. de diſtr. pignor.* Inaudi-
8 tũ verò eſt vt vindicatio † vlla ſiue directa, ſiue vtilis aduerſus dominũ detur, contra quem nec Publiciana datur niſi certis caſibus, *l. penult. D. de public. in rem act.* quoniam ad inſtar vindicationis eſt. Nec poſſis dicere pro tuenda
9 Triboniani inſcitia, poteſtatem † conuentionis facere vt pignus quod venditum fuit, oblato poſteà per debitorem pretio pro non vendito habeatur: vt inferas perinde igitur dandam debitori vindicationem pignoris, acſi venditum pignus non fuiſſet. Nunquam enim videas Iureconſultos eam capere interpretationem vt fundus inemptus fiat, niſi cùm id ipſum in conuentionem expreſſim deductum eſt, vt in lege commiſſoria, in pacto addictionis in diem, aut etiam in ſpecie, *l. ſi à te. C. de pact. int. empt. & vendit.* At pactio illa de qua in *d. l. ſi cùm venderet*, vt debitori, quandocunque pretium offerenti rem recipere liceat, longè alia & diſſimilis eſt, nec eò ſpectat vt fundus inemptus conſtituatur ipſo iure, ſed tantùm quod ad vim & effectum

poſtquàm

poſtquàm conuentioni ſatisfactum erit,non antè.Hoc volo, non poſſe fieri
vt iuxta conuentionis formam debitor pretium offerens recipiat à credito-
re rem pignoratam,quin res illa creditori vendita fiat inempta. Neceſſe e-
nim eſt vt habeatur pro obligata ad hoc vt per debitorem lui poſſit. Lui-
tur ſiquidem pignus,non res vendita,*l.2.*vbi eſt ſpecies perelegans *D. de pi-*
*gnor.act.*Obligata porrò dici non poteſt in manibus emptoris qui neque de
pignore conuenit, neque id egit emendo vt ius pignoris, ſed vt dominium
ſibi acquireret, quin priùs inempta conſtituatur. Sed hoc contendo ſi em-
ptor conuentioni ſatisfacere nolit,ſola conuentionis poteſtate fieri non poſ-
ſe vt fundus ſit inemptus, quia cùm non ſic concepta pactio ſit: ſed ita po-
tiùs vt demonſtratæ ſint perſonæ debitoris & emptoris, credendum eſt id
potiùs actum eſſe, vt emptoris perſona ex pacto obligaretur, quàm vt res
ipſa vendita afficeretur. Præſertim cùm cauſa pignoris nihil commune ha-
beat cum iure dominij. Nec quicquam vetet amiſſo per debitorem dominio
ſupereſſe creditori ius pignoris, *l.1. D.de pignor.* Quidni ergo illud quoque
ſimiliter admittemus,vt etiamſi debitor amiſerit dominium pignoris vtili-
ter diſtracti; ius tamen habeat rei recuperandæ oblato emptori pretio, acſi
pignoris tantùm nõ etiam vt dominij iure emptor eam rem poſſideret? Etſi
enim non eſt in poteſtate contrahentium facere,aut dominium aut acquira-
tur aut amittatur niſi certis modis iure ciuili conſtitutis, nihil tamen pro-
hibibet quominùs is etiam qui dominus eſt pactione ſe obliget ad ea facien-
da,quæ ſi dominus non eſſet,facere & poſſet & deberet. Porrò inter modos
amittendi dominij,non ille eſt, ſi conuentioni tùm cùm dominium acqui-
rebatur, interpoſitæ ſatisfactum non fuerit, niſi cùm illud etiam conuenit vt
ob non impletã conuẽtionẽ dominiũ quod alioqui ex cõtractu ſecutáq; tra-
ditione trãſlatũ eſſet pro nõ tranſlato habeatur:quo caſu nõ tam id agitur vt
dominiũ emptori quæſitũ amittatur, quàm vti ne vllo tempore quæſitũ eſſe
intelligatur.Et hæc quidem quod ad vindicationẽ pertinet, vt appareat nul-
lomodo poſſe eam competere debitori poſt factam à creditore pignoris di-
ſtractionem, licèt conuenerit vt liceret debitori eam rem recipere pretio
quandocunque per eum reſtituto.Quod verò ad actionem † in factum perti- 10
net æquè difficile eſt,vt dari poſſit debitori qui non contraxit, aduerſus em-
ptorem qui creditori ſoli promiſerit. Neque enim ratio iuris patitur vt ex
conuentione naſcatur actio in perſonam fauore eius qui conuentionem nul-
lam interpoſuerit,cùm perſonales obligationes & actiones ex eo æſtimentur,
quòd ſicuti competunt ex contractu vel quaſi,aut ex delicto vel quaſi; ita ne-
que aduerſus alium inducuntur,quàm qui vel contraxerit aut quaſi, vel de-
liquerit aut quaſi,neque rurſus aliis proſunt quàm cum quibus contractum,
vel aduerſus quos delictum commiſſum eſt. Et verò ſi ius ita eſſet vt nulla
quoque interueniente ceſſione danda eſſet debitori aut vindicatio aut a-
ctio in factum aduerſus emptorem, nihil prorſus debitoris intereſſet fieri
ſibi à creditore ceſſionem, niſi fortè ad hoc vt directam potiùs quàm vtilem
actionem exercere poſſet.Difficilius enim eſt,aut,vt ita dixerim, impoſſibi-
lius,vt ex pacto creditoris directam actionem habeat debitor ſine ceſſione
quàm vt vtilem. Sed præter id quod Triboniano iuris rationem omnino
negligenti tam facilè fuit directam atque vtilem actionem etiam ſine ceſſio-
ne debitori accommodare(nam neque exprimit an actio illa in factum quã
dari vult debitori directa ſit an vtilis.) Illud etiam conſtat vtilem actionem

Digitized by Google

eiuſdem effectus & poteſtatis eſſe cuius eſſet directa, ideóque nec quicquam intereſſe actoris directáne an vtili actione experiatur, *l. act. 47. D. de negot. geſt.* de cuius ſententia ſcripſimus *lib. 5. Coniecturarum*, cúmque ſimiliter locũ Triboniani non Pauli magna ex parte eſſe docuimus. Quod ſi admittas nihil prorſus intereſſe debitoris habere ceſſionem, inferam ſtatim, nec igitur dandam illi actionem pignoratitiam aduerſus creditorem vt eiuſmodi actione cedere compellatur. Nam quemadmodum audiendus non eſt creditor qui debitori præſtari nolit id quod ſine vllo diſpendio ſuo præſtare poſſit, vt ait *lex in creditore 38. D. de euict.* ita neque inquietandus pro ea ceſſione facienda quæ debitori neceſſaria non ſit. Eſt enim id perpetuum vt ei cuius nihil omnino intereſt, actio nulla, at ne quidem exceptio dari debeat, niſi cùm agitur ad pœnam conuentionalem. *l. 3. D. de verb. oblig. l. ille à quo 13. §. ſi de teſtamento. vbi Alex. D. ad S.C. Trebell.* Præſertim verò in actione pignoratitia certum ius illud eſt, vt ei cuius nihil intereſt nunquam detur
11 *l. aliena res 20. §. vlt. & paſſ. D. de pignor. act.* Qua de cauſa † nec illud malè quis fortaſſe tentauerit, quod Vlpianus ſcribit in ſpecie *d. l. ſi cùm venderet*, teneri creditorem pignoratitia, vt actionem ex vendito quam aduerſus pignoris emptorem habet præſtet debitori, eo demum caſu verum eſſe quo creditor non ſuo iure aut minùs ritè pignus vendiderit, puta ſi inter eum & debitorem conuenerat ne poſſet vendere, aut ſi nulla denuntiatione præcedente venditio illa facta ſit. Alioqui enim difficile eſt vt quicquam iuſtè videri debeat intereſſe debitoris ob venditum amiſſúmque pignus quod ritè diſtractum eſt, aut vt conueniri poſſit creditor ob factum id quod & iure ſuo facere potuit & legitimè fecit, niſi reſpondeas quod veriſſimum ſanè eſt. Imò verò teneri omni caſu creditorem actione pignoratitia, vt huiuſmodi actione cedat, non quaſi dolo malo verſatus ſit in re pignorata, quomodo ſi vel conueniſſet de non diſtrahendo pingnore, vel ea diſtractio minùs ſollẽniter facta fuiſſet, ſed potiùs ex æquitate illa quam idem Vlpianus noſter tãtopere commendat in *d. l. in creditore. 38.* D. *de euict.* quæ tractat ſimiliter de creditore, & pignoratitia actione, licèt ad aliam quàm ad propoſitam ſpeciem accommodatè; *Cui enim*, inquit ille, *non æquum videbitur, vel hoc ſaltem cõſequi emptorẽ quod ſine diſpendio creditoris futurũ eſt?* Nihil enim vetat pignoratitiam actionem ſicut ex diuerſis cauſis, ita & ad alias atque alias præſtationes competere. Eſtque hæc ſententia conuenientior Vlpiani verbis, quæ ſunt generalia ad omnem caſum quo pignoris venditio per creditorem facta eſt, non ad hanc aut ad illam facti ſpeciem coanguſtata. Et ſanè cùm creditorem in re pignorata bonam fidem præſtare oporteat, qua fronte poſſit ille recuſare quominus in debitorem transferat commodũ pactionis, quam ille ipſe interpoſitam voluerit fauore debitoris, & ex qua nullum ipſe proprium commodum ſperare vnquam poſſit? Illud planè extorquere volumus, non poſſe ex pacto creditoris agere debitorem contra emptorem ſiue directa ſiue vtili vindicatione aut in factum actione, citra ceſſionem, cùm ob hoc ipſum habeat actionem pignoratitiam contra creditorem, vt cedat actione ex vendito, quò l eam habere ſua intereſt. Neque enim, vt diximus, quicquam eius intereſſet ſ actionem aliquam ex proprio iure propriáque perſona habere poſſet. Non valdè abſimile eiuſdem Triboniani facinus illud eſt, quod in *l. quidam 29. D. ad S.C. Velleian.* corrupto Pauli reſponſo dat ille actionem non ſolum in perſonam aduerſus eum cum quo actor non contraxerat, ſed etiam

in rem & hypothecariã pro rebus non obligatis. Eſſe enim totam illam ſententiam Triboniani non Pauli docuimus in noſtris Coniecturarum libris.

EERROR DECIMVS.

De actione ex pacto de retrouendendo contra tertium poſſeſſorem.

SVMMARIA.

1 *Error interpretum putantium ex pacto de retrouendendo dari actionem venditori contra tertium poſſeſſorem.*

2 *Ex l.ſi cùm venderet.13. D.de pign. act. non poſſe dict. errorem ſtabiliri, contra interpp.*

3 *Falſum eſſe illud Caſtrenſis, ex pacto de retrouendendo induci vtilem dominij tranſlationem.*

4 *Lex commiſſoria, pactúmque addictionis in diem directam dominij tranſlationem non inducunt, aduerſus eundem.*

5 *Diſtinctio quorundam qua temperant pronuntiatum num.1. relatum, & eius reiectio.*

6 *Quomodo accipiendum illud, Alienationem fieri non poſſe niſi cum ſua cauſa.*

7 *Ratio Caſtrenſis & eius refutatio.*

8 *Diſtinctio quorundam improbata.*

ERRORE illo interpretum refutato circa ſpeciem, & ſententiam *l.ſi cùm venderet* 13. D.*de pignor.act.* cùm inter creditorem & emptorem pignoris conuenit, & debitori quandocunque liceat oblato debito cum acceſſionibus rem obligatam recuperare, alius refutandus ſupereſt, circa † actionem quam pragmatici noſtri poſt 1
interpretes dari volunt ex pacto de retrouendendo contra tertium poſſeſſorem. In quo tamen, vt iam ſuperioris capitis initio ſum præfatus, pragmaticorum noſtrorum error inculpatus eſt, quos ſtatuti autoritas cogit ita ſentire & iudicare. Quid enim aliud facere poſſint in ea re quæ certum ius habeat & cõſtitutum? Sed non perinde excuſandi ſunt interpretes, quorum error ſtatuto cauſam proculdubio dedit. Ne autem ea repetamus, quæ proximè contra Tribonianum & Caſtrenſem diſputauimus de ſpecie & ſententia *d.l.ſi cùm venderet*, nũc id tantùm agimus, † vt probemus etiãſi maximè vera 2
eſſent ea omnia quę Tribonianus eo loco aduerſus rationem iuris effudit, quod pertinet ad pactionem illam inter creditorẽ & emptorẽ, vt ex eiuſmodi pactione competat debitori actio contra emptorẽ, non idem tamen iuris cõſtituendum fore in dãda actione ſiue in rem, ſiue in perſonam ex pacto de retrouendendo aduerſus tertium poſſeſſorem. Larga nãque inter huiuſmodi conuentiones differentiã eſt, ſiue rationẽ incundi ſpectes ſiue vtriuſq; vim & effectum. Cõuentio illa quæ fit inter creditorẽ pignus diſtrahentẽ & emptorẽ, vt liceat debitori rẽ recipere quandocũq. pretiũ offerenti, nõ tãtùm perſonã emptoris afficere videtur, ſed etiã penè rẽ ipsã, vt quę per vẽditionẽ à creditore iure factã ſic alienata eſt vt nullum re vera ſuperſit vinculũ pignoris, quippe quod & ipſius vẽditionis poteſtate, & pretij ſolutione extinctũ fuerit perinde tamen habeatur acſi maneret adhuc obligata. Quomodo enim fieri poſſit vt eius recuperandæ ius ſaluum habeat debitor, niſi hoc colore & prętextu quòd aliquando eam obligauerit? Nam vt proximo capite dicebamus ex *l.2.*D.*de pignor.act.* non dicitur lui res vendita, ſed ea demùm quæ pignori fuit obligata. Porrò quę iã ritè rectéq; vendita eſt non priùs videri poteſt in priſtinam obligationem recidiſſe, quàm effectu ipſo fieri cœperit inem-

Google

pta, aut ſaltem ſic habenda aſi nunquam per creditorem vendita fuiſſet, vel aſi creditor pignoris ſui duntaxat non etiam dominij ius vendidiſſet: Quaſi eo acto inter creditorem & emptorem vt eode iure eſſet res illa penes emptorem quo erat penes creditorem, non equidem ratione dominij quod vtique per venditionem ritè factam in emptorem tranſlatum eſſe negari non poteſt, ſed quod ad ius luendi pertinet, vt debitori ſaluum eſſet. Etſi enim conuentio hæc ſatis aliena videtur à natura venditionis per quam dominium ſecuta ſcilicet traditione transferatur, attamen iam ſæpius monuimus, conuentiones omnes, quæ in traditionibus & alienationibus rerum adhibentur, ſeruandas eſſe, etiam eas quæ alioqui non valerent *l.in traditionibus. D. de pact.l.ei fundo* 17.*D.de ſeruit.l.vẽditor* 13.*D.comm.præd.* At cùm inter emptorem & venditorem conuenit vt eandem rem venditori quandocunque aut intra certa tempora pretium reſtituenti retrouendere emptorem oporteat, neque formula neque poteſtas conuentionis facit, vt res ipſa affecta dici poſſit, inemptáque haberi debeat, ne quidem in ipſa & effectu. Id enim tantùm agitur huiuſmodi pacto, vt emptoris perſona obligetur ad retrouendendum, ac proinde vt tantò magis venditio prior ſubſiſtat nec reſoluatur, aut pro reſoluta habeatur, quemadmodũ latiùs à nobis in ſuperioribus
3 diſputatum eſt. Proinde nullo iuris colore defendi poteſt quod † Craſtrenſis tradidit ad *d.l.ſi cùm venderet*, ex pacto de retrouendendo induci vtilem dominij tranſlationẽ. Quomodo enim induceretur ex pacto de retrouendendo quæ nec induci poſſet ex ipſa retrouenditione niſi ſecuta traditione? Id enim eſt quod toties diximus, traditionibus non nudis conuentionibus dominia rerum transferri ex *l.traditionibus* 20.*C.de pact.* Nec ſimile eſt quod tractat ille in lege commiſſoria aut de pacto addictionis in diem, ex quibus, inquit ipſe, directum quoque dominium ipſo iure transfertur. Quaſi pactionis de retrouendendo minor poteſtas in eo tantùm eſſe debeat, quòd per eã non directum ſed vtile duntaxat dominium transferatur. Nam legis commiſſoriæ itémque pacti quo res addicitur in diem, poteſtas illa eſt vt venditio alioqui pura & perfecta reſoluatur ſub conditione, & quidem ipſo iure. Vnde illud etiam fit vt dominium nunquam à venditore abſceſſiſſe intelligatur, deficiente ſcilicet titulo venditionis qui ſolus facere poterat ne traditio nuda videri deberet. Iſque interpretum ſanè omnium vulgaris error eſt, exiſtimantium clauſulæ, vt vocant, reſolutiuæ contractus vim illam eſſe vt dominium transferat ipſo iure, cùm tamen dicere potiùs debuerint clauſulas huiuſmodi reſolutorias facere de dominium vnquam acquiſitum videatur ex contractu reſoluto, quod alioqui in eo erat, vt non tam acquirendum quàm acquiſitum iam eſſet. Sũt autem hæc longè differentia, præſertim quod ad inſtitutam diſputationem pertinet, dominium transferri ab emptore in venditorem, & nominium à venditore nũquam abſceſſiſſe. Non enim efficere vnquam poſſis vt ab emptore transeat in venditorem dominium
4 quod nunquã emptoris fuiſſe intelligatur. Atqui † lex cõmiſſoria, pactúmque addictionis in diem facit vt exiſtente conditione fundus fiat inemptus, ideóque in venditoris dominio ſemper manſiſſe exiſtimetur. Tantum igitur abeſt vt inducant hæ pactiones directam dominij translationem, vt imò verò impediant ne ſit in poteſtate emptoris dominium aut directum aut vtile transferre ne quidem per traditionem. Quo enim iure poſſit transferre dominium, quod nunquam habuerit? At per pactum de retrouendendo non

reſol-

reſoluitur venditio prior vt dominium nunquam in emptorem tranſlatũ vi-
deatur, ſed poſterioris extorquendæ ius acquiritur actione perſonali ex con-
tractu in eam rem comparata. Cui conſequens eſt, vt ea re quæ ex pacto re-
trouendi debuit, medio tempore alienata, & in ſecundum emptorem tranſ-
lata non poſſit vlla ratione competere vindicatio, ſiue directa, ſiue vtilis ven-
ditori primo aduerſus ſecundum emptorem quam nec habere poſſet aduer-
ſus primum, nec primus quoque contra ſecundum, *l.cum precibus* 4.*C.de rer.*
permut. Nec illa etiam diſtinctio † curanda eſt quam à pleriſque probatam 5
video vt Caſtrenſis ſententiam temperent. An ſecunda venditio facta ſit ante
morã à primo emptore in retrouendendo admiſſam, an poſt moram, quaſi
faciliùs hoc caſu quàm illo danda ſit actio primo venditori contra ſecundum
emptorem. Vtroque enim caſu verum eſt, tranſlatum eſſe dominium à pri-
mo venditore in primum emptorem; rurſùmque à primo emptore in ſe-
cundum, nec à ſecundo emptore ad primum venditorem vnquam rediiſſe:
nec proinde ei qui dominus non ſit competere poſſe vendicationem. Ne-
que enim mora, adeóque nec dolus eius, qui rem ex pacto retrouendere de-
buit, facere poteſt, vt & retrouenditio & retrotraditio, quam vtramque in-
teruenire neceſſe fuit ad dominium in primũ venditorẽ transferendum, pro
facta impletáque habeatur. Itaque ſiue mora primi emptoris aliqua interue-
nerit, ſiue nulla, idem omnino iuris eſt, nec tantùm quod ad vindicationem
attinet, ſed etiam quod ad actionem in perſonam, quæ nunquã certè ſequitur
ſingularem ſucceſſorem, *l.vlt.*D.*de contr.empt.l.*1.§.*ſi heres.*D.*ad S.C.Trebell.*
Mora namque vnius efficere nequit vt contractus à perſona eius cum quo
initus eſt in perſonam alterius transferatur. Ergo neque illud faciet vt per-
ſonalis obligatio, quę primũ emptorem obſtrinxit ad ſecundum emptorẽ eo-
dẽ vinculo obſtringendum extẽdatur. Cur enim noceat ſecũdo emptori mo-
ra ſui venditoris, cum etiãſi venditor ille eandẽ rẽ retrouẽdidiſſet primo vẽ-
ditori, necdum tamen tradidiſſet, potior in cauſa dominij haberetur ſecun-
dus emptor cui priori tradita res fuiſſet ex *reg.vulg.l. quoties* 15.*C.de rei vin-*
dicat. Nemo autem dixerit plus iuris habere debere primũ venditorẽ ob mo-
rã à primo emptore in retrouendendo commiſſam, quã ſi retrouenditio ipſa
facta eſſet. Iam verò quod idẽ Caſtrenſis obiicit † alienationẽ fieri non poſſe, 6
niſi cũ ſua cauſa ex *l.alienatio* 67.D.*de contr.empt* (quę etiã ſtatuti noſtri ratio
expreſſa eſt) alienius eſt, quàm vt iure mouere quẽquã poſſit. Nã vt docuimus
in *Decad.*7.*error.*3.*in fin.* debet regula illa intelligi de ea demũ cauſa quæ rem
ipſam afficiat, vt puta ſi res fuit obligata aut legata ſub conditione ante a-
lienationẽ. Atqui pactũ de retrouendendo non rẽ ipſam afficit, ſed perſonam
emptoris. Quod nos nondũ perceperamus, cũ *dict.error.*3. ſcribebamus, Poſ-
ſe accommodatũ exemplũ dari ad *d.l alienatio* de re quæ vendita eſſet ea lege
vt retrouenderetur. Fallebátque nos proculdubio quod Tribonianus de
ſuo addidit ad Vlpianũ in *dict.l.ſi cùm venderet*, Paulique Caſtrenſis autori-
tas & interpretatio ad eũ locum. Alioqui poſſis eadẽ ratione cõcludere, ſi ea-
dẽ res pluribus ſeparatim, & quod eſt conſequens diuerſis temporibus ven-
dita ſit, præferendum ſemper priorẽ emptorẽ, quamuis poſteriori priùs tra-
dita proponatur, quoniã in ea cauſa fuit res penes venditorẽ poſt primam &
ante ſecundam venditionẽ vt eam venditor tradere primo emptori deberet,
&, vt dicam generaliùs, ſi recta eſſet hæc ratiocinatio, ſemper obligatio per-
ſonalis ſequeretur ſingularẽ ſucceſſorẽ, quod tamen quàm falſum ſit, nec im-

peritiores quidem pragmatici ignorant. Nunquã etiã locus eſſet edicto Prætoris de alienatione iudicij mutandi cauſa facta, cui locũ facit ſola illa ratio, quòd durior plerũque conſtituatur actoris conditio ex perſona eius in quem facta eſt alienatio, quàm futura eſſet nulla facta alienatione. *l.1.l.3.§.1.& paſſ.*
7 *ill.tit.de alien.iudic.mut. cauſ.fact.* Æquè inepta eſt ratio † illa Caſtrenſis quòd reſoluto iure datoris, reſoluatur etiam ius acceptoris, *ex vulg. l. lex vectigali. 31. D.de pignor.l. debitor 40.§.vlt.de pign.act.* Supponit enim pro vero quod nos falſiſſimũ eſſe docuimus, pacti de retrouendendo poteſtatem illam eſſe vt contractam venditionem reſoluat, exemplo legis commiſſoriæ aut addictionis in diem. Imò verò nouam potiùs vendendi obligationem inducit, quæ res à cauſa ſolutionis contractus omnino abhorret, eique ex diametro aduerſatur ſi Iureconſulto credimus in *l.ab emptione 59. in fin. D. de pact.* Cúmque primi emptoris ius illud fuerit quod rei venditæ plenum dominium ſibi acquiſiit, fieri certè nequit vt ius ipſius aliter reſolutum videatur, quàm ſi nunquã dominus fuiſſe credatur, quod tamen per ſolum pactum de retrouendendo fieri nequit, cùm nec aliter poſſit vtilis retrouenditio fieri, quàm ſi prior venditio teneat, & ſubſiſtat. Et quamuis ſecuta retrouenditione itémque retrotraditione dominus iterum fiat is ipſe qui iam anteà fuerat, aliud tamen dominium eſt, alia acquiſitio dominij, alia cauſa dominij acquirendi: quorum omniũ nihil dici poſſet ſi poteſtate ſolius pacti de retrouendendo prior venditio reſoluta diceretur. Illud magis ad rem facere videtur, quod à ſtatuti conditoribus non inſubtiliter cautum eſt, vt ei qui ex pacto de retrouendendo ſe obligauit, alienatio eius rei prohibeatur. Certum enim eſt prohibitionem legis facere ne dominium transferri poſſit in ſecũdum emptorẽ, néue plus iuris habere ſecundus emptor poſſit, quàm primus, *l.vl.C.de r.b.alien.non alienand.* Qua ratione monuimus in ſuperioribus prudenter facere eos, qui vendunt ſub pacto de retrouendendo, ſi per conuentionem ſibi proſpiciant ne res illa poſſit alienari, vt non alio iure poſſit res eſſe penes ſecundũ emptorem, quàm quo penes primum futura eſſet. Sed tamen quantumuis prohibita ſit alienatio, ſiue à lege, ſiue ab homine, fieri certè nullomodo poteſt vt eo magis dari poſſit contra tertium poſſeſſorem vindicatio primo venditori qui dominus ampliùs non ſit, aut actio in perſonam aduerſus eum cum quo non contraxerit, obſtantibus ſemper iiſdem iuris regulis, quæ obſtarent ſi ſecunda venditio licitè facta proponeretur. Nec ſanè quicquã eſt quod vtilem facere poſſit hanc actionem quam ſtatutum dat primo venditori contra tertium poſſeſſorem, præterquàm ipſius ſtatuti autoritas, ideóque non malè quis dixerit eſſe hanc condictionem ex lege & conſtitutione principali, *l.1.D.de condict.ex leg.* Niſi quòd cùm condictiones omnes ſint ſtricti iuris, eiuſdem tamen ſtatuti authoritate ſit vt actio hęc quę contra tertium poſſeſſorem datur, perinde ſit bonæ fidei, acſi contra primum emptorẽ exerceretur, eaſdémq; habeat præſtationes. Sed & eodẽ ſtatuto contra iuris rationẽ factũ eſt vt ex pacto de retrouendendo habeat primus venditor actionem in rem etiam contra tertium poſſeſſorem, quam alioqui non eſſet habiturus, ne quidẽ contra primum emptorem: vtique tã primus quàm ſecundus emptor cogi præciſè poſſit ad retrouendendum, quod ex iuris ratione, vt probauimus, vtiq; diuerſum eſſet. Nec illa denique diſtinctio † à no-
8 bis probari poteſt, quam nonnulli probant, an ſecundus emptor pactũ illud de retrouendendo cũ primo emptore initum ſciuerit an ignorauerit. Quid enim

enim commune habet illius ſcientia cum iure dominij aut actionis perſonalies? An eo minùs verum eſt tranſlatum eſſe à primo vẽditore dominium, pactúmq; de retrouendendo cũ primo emptore ſolo interceſſiſſe? Pertinet illa diſtinctio ad cauſam reſtitutionis, & quidem minorum duntaxat, ſecundùm eam ſententiam & interpretationem quæ à nobis allata eſt in *error.1.2. & 3. Dec.7.* vnde peti volumus alia multa quæ huc transſcribi poſſent.

ANTONII FABRI I C.

DECAS VIGESIMATERTIA.

ERROR PRIMVS.

De facta per emptorem oppignoratione rei emptæ ſub pacto de retrouendendo.

SVMMARIA.

1 *Emptor ſub pacto de retrouendendo rẽ quæ retrouenaa debet obligando vel alienando non nocet venditori, ex interpretum & pragmaticorum ſententia.*

2 *Cùm quid ſit in conſequentiam præcedẽtis conuentionis, ſi de creditorum iure & ordine diſputetur, temporis ratio habenda eſt, quo conuentio facta eſt, non quo effectum & complementum habere cœperit.*

3 *Ex qua lege probent interpp. & pragmatici pronuntiatum nu.1. relatum.*

4 *Quod dicitur in iure de venditione facta ſub pacto addictionis in diem, malè transferri ab interpretibus ad venditionem quæ fit ſub retrouendendi pacto: & quomodo inter ſe conueniant, ac differant.*

5 *Venditio quæ fit ſub pacto de retrouendendo nunquam reſoluitur, contra pragmaticos.*

6 *Retrouenditionem quæ fit ex pacto de retrouendendo non fieri ex neceſſitate, vt volunt pragmatici.*

7 *Emptor non poteſt cogi præciſè & abſolutè vt retrouendat eam rem, quam emit ſub pacto de retrouendendo, ſed præſtatione eius quod intereſt liberatur, contra Pinellum.*

8 *Si præſtando intereſſe liberetur emptor qui rem retrouendendam medio tempore alienauit, idem quoque iuris obtinere debet, ſi eam pignori dederit.*

9 *Licet ſtatuto prohibitum ſit, ne rem venditam ſub pacto de retrouendendo alteri vendere emptor poſſit, non tamen prohibetur oppignerare, & nu. 12.*

10 *Sententia l. in dem. 8. D. de aqu. pluu. arcend.*

11 *Ad quas res pertineat regula pretrita, Eam rem quam quis emere non poſſit, nec pignori accipere poſſe.*

12 *Quicquid emptionem venditionémque recipit, recipere etiam poteſt oppignerationem.*

13 *In re empta ſub pacto de retrouendendo poteſt conſtitui pignus ab emptore.*

14 *Qua ratione poſſit efficere dominus qui rem ſuam alienat quam aliquãdo recuperare cupit, ne in ea re pignora aut ſeruitutes ius ab emptore conſtituantur.*

EST hic pragmaticorum & interpretum noſtrorum error conſequens, ſuperioribus proxima Decade confutatis. Nam quemadmodum putant illi ius tale eſſe, vt ex pacto de retrouendendo naſcatur actio non ſolùm contra primum emptorem, ſed etiam contra tertium quemlibet poſſeſſorem, & quidem ad id præciſè vt fiat retrouenditio, nec tantùm actio in perſonam, verum etiam vindicatio ſiue directa, ſiue vtilis illa ſit, ita exiſtimant ſi quid medio tẽpore geſtum ſit ab emptore aut obligãte aut alienante rem quę aliquando retrouendi de-

beat,non poſſe id nocere venditori,qui & anteriore,&,quod conſequens eſt, potiore iure nitatur.Sic enim ſentiunt, retrouenditionem hã. quæ fit ex neceſſitate vtilis pacti pręcedẽtis,neceſſariã videri debere,non voluntariã,eiuſque poteſtatem illam eſſe, vt tunc ſaltẽ cùm ſecuta eſt, prior venditio quæ in eum vſque diẽ ſubſtiterat,reſoluatur,& pro nunquã facta habeatur. Quod ſi verum eſſet,illud quoque fateri certè oporteret,irritas fieri cõuẽtiones omnes medio tẽpore initas per emptorem,nõ quidem ad liberandam emptoris perſonam, quominus iis teneatur cũ quibus contraxiſſet, ſed hactenus nimirũ ne venditoris cõditio durior & deterior ab emptore fieri potuiſſet. Eſt enim
2 generalis propoſitio illa iuris ciuilis, cùm quid † fit in conſequentiam præcedentis alicuius conuentionis ſi de creditorum iure & ordine diſputetur, prioris illius temporis rationẽ habendam eſſe quo conuentio facta eſt, non quo effectum & implementũ habere cœperit, *l.1. D. qui potior. in pignor. hab.*
3 In eámque † rẽ afferri vulgò ſolet quod ſcriptũ eſt ab Vlpiano in *l. vbi autem 4. aliàs. l. ſi ex duobus. §. ſed & Marcellus. D. de in diem addiction.* Purè vendito & in diem addicto fundo, ſi melior conditio allata ſit, rem deſinere pignori eſſe ſi emptor eum fundũ pignori dediſſet, quáuis medio tempore dominus fuerit, alioquin, inquit, nec pignus teneret, Eámq. ſententiã Bartolus tuetur ad *l in diem 8. D. de aqua pluu. arcend.* & cæteri interpretes non in-
4 uiti ſequuntur. Mihi verò contra videtur. Stulta † enim eſt, vt toties inculcauimus comparatio venditionis factæ ſub pacto addictionis in diem, & eius quæ facta ſit ſub pacto de retrouendendo. Eſt quidem illud vtrique commune quod per vtramque emptor ſit verè dominus ſecuta traditione, quæ res Bartolum & cæteros fefellit, ſed differentia in eo eſt quàm maxima quòd venditio facta ſub pacto addictionis in diem ipſo iure reſoluitur, fitq; inemptus fundus oblata intra diem meliore conditione: Ideóque locum hîc omnino habet ea iuris regula quæ reſoluto iure datoris reſolui vult ius acceptoris, *l. debitor 40. §. vltim. D. de pignor. action. l. lex vectigali 31. D. de pignor.* Nec enim fieri poteſt vt pignus ab emptore conſtitutum duret ac ſubſiſtat, cùm res in eam cauſam deducitur vt nunquam vendita nunquam empta fuiſſe videatur: quandoquidem ad pignus conſtituendum illud ſemper requiritur vt dominus ſit is qui pignus conſtituit. *l. 2. D. de pignor. action.* Etſi autem reuera dominus fuit pignoris conſtituti tempore is qui emerat ſub pacto addictionis in diem, ob idque ex eo tempore pignoris datio tenuit, in eum vſque diem quo reſoluta venditio fuit, tamen ex die ipſo reſolutæ venditionis, ſicuti dominium incipit videri nunquam fuiſſe acquiſitum, ita & pignus in eam cauſam deducitur vt à non domino datum eſſe intelligatur, ergo inutiliter datum eſſe videbitur, quia ad eum caſum peruenit, à quo nec incipere potuit, *argum. l. quia in eum caſum 16.*
5 *D. ad leg. Aquil.* At venditio, † quæ fit ſub pacto de retrouendendo nunquam reſoluitur, in quo decipi video pragmaticos & interpretes omnes quotquot hanc quæſtionem tractant, nec ſolùm non reſoluitur ipſo iure, at ne facto quidem, id eſt, ſecuta retrouenditione. Retrouenditio enim non priorem venditionem reſoluit, ſed nouam inducit, vt iureconſ. loquitur in *l. ab emptione 58. D. de pact.* Nouam porrò venditionem inducere non aliter poteſt, quàm ſi prior teneat & ſubſiſtat, Quomodo enim facere poſſis vt per retrouenditionem ab emptore factam dominium in venditorem qui nouus emptor eſt tranſlatum eſſe intelligatur, quin priorem venditionem
ſubſiſtere

Digitized by Google

ſubſiſtere patiaris ex qua dominiũ fuerit emptori acquiſitũ,vel ob hoc ipſum vt venditorem ſuum rurſus dominum facere poſſet?Proinde ridiculi ſunt qui ad hunc quoque caſum accommodant vulgare illud brocardicum, Reſoluto iure datoris reſolui ius acceptoris: ridiculus Bartol. qui ex eo iure quod de pacto addictionis in diem conſtitutum eſt, ſumit argumentum, vt in pacto de retrouendendo idem iuris conſtituendum eſſe probet, ridiculus denique Cagnolus qui ad *l.2.C.de pact.inter empt. & vendit.* vt contra Bartolum agat ſubtilem, reſpondet ad *§. ſed & Marcellus. & ad l.lex vectigali.* Reſolui quidem venditionem per pactum de retrouendendo ſecuta ſaltem retrouenditione, ſed effectu potiùs & per conſequentiam, quàm quòd pactum in eam rem directè, vt loquitur, ſit ordinatum. Debuit potiùs dicere quod nos dicimus,Per pactum de retrouendendo non reſolui priorem venditionem, at ne quidem per ipſam retrouenditionem, ſed nouam induci, quæ priorem non ſolùm ſupponit, ſed etiam confirmat, ſiue pacti vim inſpicias, ſiue effectum rei. Sed illud multò inſubtilius eſt, quod interpretes & pragmatici pro vero habent, retrouenditionem † quæ fit ex pacto 6
de retrouendendo fieri ex neceſſitate, cùm nihil ſit aut verius, aut apertiùs quàm fieri eam ex voluntate emptoris, qui ſi retrouendere nollet,quantumuis millies ſi velles ad præciſè retrouendendum condemnatus, nunquamtamen retrouendidiſſe videretur,id eſt nunquam retrouenditio pro facta haberetur, quæ re vera nunquam facta fuiſſet, ſiquidem facti eſt,nec vllam admittit iuris fictionem:neque aliud ius venditori ſupereſſet, niſi vt pecuniariam vrgeret condemnationem, & ex condemnatione quanti ſua intereſſet, conſequeretur, vt & Cagnolus ipſe fatetur. In eo tamen cæcutiens quòd vt Bartolum defendat,neceſſitatem duplicem inducit, Præciſam vnam, alteram vt vocat, cauſatiuam,qualis, inquit,hæc eſt quæ emptorem obligat cogitque ad retrouendendum, niſi malit præſtare quanti intereſt venditoris: quaſi verò neceſſitas hæc dici poſſit quæ liberum non parendi arbitrium relinquit emptori. Imò verò non poteſt dici coactus qui id fecit quod maluit, licèt neceſſe habuerit,vt alterutrũ vellet,*l.ſi parte cogente,22.D.de rit.nupt.* Deniq; cùm ſit in poteſtate emptoris facere ne res quam emit ſub pacto de retrouẽdendo vnquam redeat ad venditorem, nimirum ſi paratus ſit præſtare quanti intereſt venditoris. Cur ei permittamus vt alteram obligationis partem eligendo,id eſt retrouendendo, deteriorem faciat creditoris ſui conditionem cui medio tempore eandem rem pignori obligauerat? Scio eſſe qui putent contrà quàm Cagnolus ſentiat cogendum† emptorem præciſè & abſolutè vt 7
retrouendat eam rem, quam emit ſub pacto de retrouendendo,nec præſtatione eius quod intereſt liberetur: Quam ſententiam mordiciùs defendit Arius Pinellus *ad l.2.C.de reſcind.vendit.* Nihil tamen reſpondens ad eam rationem quæ in contrarium præcipuè nos mouet, quòd cogi præciſè nemo poſſit ad factum ſine aperta vi & impreſſione, quam legiſlator ferre nunquam poteſt, ſuccedente ob eam cauſam in omnibus faciendi obligationibus præſtatione eius quod intereſt in locũ facti,*l.ſi quis ab alio 13.§.vlt.D. de re iudic.*Neque vlla iuris fictione fieri queat vt retrouenditio, quæ reuera facta non eſt pro facta habeatur Sed tamen illi ipſi qui emptorem præciſè obligatum volunt ad retrouendendum, non negant recurrendum neceſſariò eſſe ad præſtationem eius quod intereſt, ſi quid ſit quod retrouenditionem impediat, vt putà ſi ea res quæ retrouendi debet medio tempore alie-

natà proponatur. Quid enim aliud poſſint dicere? Atqui tantumdem iuris quod ad cauſam pignoris habet creditor cui eam emptor medio tempore pignori dedit, quantum haberet ratione dominij, ſi eam rem non pignoris, ſed emptionis iure accepiſſet. Neque maiorem venditori ſuo iniuriam fecit emptor, qui rem retrouendendam obligat creditori, quàm ſi eam purè alienaret, imo tantò minorem quantò facilius eſt vt poſt conſtitutum pignus ſatisfaciat nihilominùs conuentioni & rem retrouendat, quæ ſi alienata eſſet, retrouendi iam non poſſet. Alienatio enim obſtat retrouenditioni, Pignoris datio non obſtat, quia nihil commune habet cauſa pignoris cum cauſa dominij, niſi hactenus vti ne conſtitui poſſit ius pignoris ab eo qui dominus non ſit *l.1.D.de pignor.* Cur ergo deteriorem faciamus conditionem creditoris, vt ob pactum de retrouendendo pignoris ſui iure cadat, quàm emptoris, cui nil obſtante eo pacto dominij ius integrum & ſaluum relinquimus? Nec verò Cagnolus ipſe quamuis Doctor, meo iudicio, parum ſubtilis, rationem hanc facilè obuiam ignorauit: Sed non eo minùs Bartoli ſententiam ſequitur, quam & receptiorem eſſe ait, licèt nihil afferat quod reſponderi commodè poſſit, niſi quod faciliùs eã apud nos defendi poſſe ait propter authoritatem ſtatuti quo diſtrictè prohibitum eſt ne rem venditam *ſub pacto* de retrouendendo alteri vendere emptor poſſit. Quòd tamen à propoſita diſputatione prorſus alienum eſt. Non † enim hac parte eadem ratio eſt oppignorationis quæ venditionis. Nec quòd prohibeatur emptor rem vendere, facere debet vt prohibitus intelligatur oppignorare, ob eam diuerſitatis rationem quam proximè attulimus, quòd alienatio impediat poteſtatem & executionem pacti de retrouendendo, oppigneratio non item. Nam ſi obiicias ius pignoris in ea re conſtituti facere vt ad alienationem perueniri quandoque poſſit, cùm alioqui inutile futurum ſit pignus, quod diſtrahi nequeat, *l.4. D. de pignor. action.* Reſpondebo futuram eam voluntariam reſpectu venditoris, in cuius ſcilicet arbitrio & poteſtate erit poſt factam retrouenditionem impedire ne pignus diſtrahere creditor poſſit, oblata nimirum ei ſorte cum acceſſionibus, repetenda poſtmodùm aduerſus emptorem qui rem illam pignori dedit. Ita fiet vt neque creditor damnum ſentiat cui nihil imputari poteſt, quique pignus ab eo accepit quem ſciuit verum dominum. Neque venditor cui ſalua manet indemnitatis ſuæ perſecutio contra emptorem, cuius ſanè incommodo & diſpendio totum hoc quicquid eſt damni, & incommodi cedere debet, qui ex creditoris ſui pecunia ſolus lucrum ſenſit. Etſi enim licuit ei rem retrouendendam tanquam ſuam obligare, ſciuit tamen aut ſcire debuit facere id ſe non poſſe in necem venditoris; qui iure ſuo retrouenditionem quandoque poſtulaturus erat. Nec tamen ſimiliter poſſis imputare creditori ſi pactum de retrouendendo non ignorauit, cur eam rem pignori acceperit, quam ſciuit in eo eſſe vt ad venditorem aliquando redire deberet. Sciuit enim etiam fieri poſſe, & fortaſſis euenturum eſſe vt nunquam rediret, ſi fortè aut venditor redimere, aut emptor retrouendere nunquam vellet, malléque aut venditor conſequi aut emptor præſtare quanti ob eam rem intereſſet. Nam quod ſcriptum † eſt in *l. in diem 8. de aqu. pluu. arcend.* in concedendo iure aquæ ducendæ tam venditoris quàm emptoris voluntatem exquirendam eſſe, ad eum caſum pertinet quo prædium fuerit addictum in diem: ac proinde quo non emptor ſed venditor fuiſſe videatur dominus

minus tempore conceſſionis ſi intra diem allata meliore conditione venditionem reſolui contigerit, fundúmque fieri inemptum. Id enim eſt quod lex ait, *vt ſiue remanſerit penes emptorē, ſiue receſſerit, certum ſit voluntate domini factam aquæ ceſſionem.* Cui nec illud diſſimile eſt, quod in eiuſdem legis fine Paulus ait, *non ſolùm eius ad quem ius aquæ pertinebit voluntatem exigi in aquæ ceſſione, ſed etiā domini locorum, etſi dominus vti ea aqua non poſſit, quia recidere ius ſolidum ad eum poteſt.* Nam cùm eorum omnium voluntatem & conſenſum exquiri oporteat, quorum ius minuitur, vt Vlpianus ſcripſerat in lege præcedenti, negari non poteſt quin habenda ſit ratio eius, qui loci dominus iam tum eſt, cùm aqua ceditur, licèt eo tempore nō habeat ius aquæ: Nos verò eum caſum tractamus quo venditor neque iuris quicquam habeat in re obligata eo tempore quo pignus conſtituitur, id eſt, ante factam retrouenditionem, neque tunc habuiſſe videri vnquam poſſit, id eſt, ne ſecuta quidem retrouenditione. Non enim facit retrouenditio vt dominium penes venditorem ſemper manſiſſe intelligatur, ſed è contrario vt emptori quæſitum illud fuiſſe neceſſe ſit ad hoc vt per retrouenditionem potuerit ab eo redire ad venditorem. Cur ergo voluntatem venditoris exquirere debeat creditor, accipiens pignori eam rem quæ tùm pleno iure ſit emptoris? Nec eſt quod quis dicat, eam rem quam quis emere 11
non poſſit, nec pignori accipere poſſe, *l. 1. §. eam rem. D. quæ res pignor.* Neque enim tam generaliter & indiſtinctè id accipiendum eſt, ſed ad eas res coanguſtandum quas ideò quis emere non poſſit quòd earum non ſit commercium, vt eadem lex ait. Ex qua ſit vt prædium litigioſum quod vendi non poteſt, pignori capi poſſit, nec niſi mobilis rei litigioſæ oppignoratio prohibita ſit, vt ex Scæuola Marcianus ſubiicit, nimirum quia in rebus mobilibus duntaxat, quæ facilè occultari poſſunt, poteſt oppignoratio difficiliorem facere vindicationem. Sic dicimus, in quorum finibus emere quis prohibetur pignus accipere, non prohiberi, *l. in quorum* 24. *D. de pignor.* Licèt contraria propoſitio affirmatiua generaliter vera ſit, quicquid emptionem † venditionémque recipit, recipere etiam poſſe pignorationem, 12
l. ſed & quod 9. *§.* 1. Atqui ſtatutum quod prohibet alienationem rei emptæ ſub pacto de retrouendendo, non idcircò facit vt ea res non ſit in commercio: ſed tantùm vt ſalua poſſit eſſe venditori actio ad petendam retrouenditionem, quæ alioqui poſt factam alienationem peti ampliùs non poſſet. Non ergo poteſt videri prohibita oppigneratio, quæ ſcilicet nihil commune habet cum iure petendæ, ac faciendæ retrouenditionis, vt diximus. Et ſanè abſurdum eſſet, adeóque iniquum & à publica vtilitate alienum ſi non liceret emptori ea re frui quam ſub huiuſmodi pacto comparaſſet. Atqui fructus rei eſt pignori dare licere, *l. vlt. D. de vſur.* Quod autem † de conſtituto pignore diximus, ſimiliter obtinet ſi quæratur de iure conſtitutæ ſeruitutis. Quidni enim liceat emptori ſeruitutem conſtituere prædio cuius ipſe dominus verè ſit, & pleno iure? Sed tamen indemnitas venditori præſtanda eſt, vt emptor condemnandus quanti venditoris intereſt liberam rem retrouendi, quæ libera fuerat vendita: non ſecus quàm ſi eam rem pignori dediſſet. Nulláne igitur prudenti † patrifamilias ratio ſupererit, ſic paciſcendi, cum 14
rem ſuam alienat quam aliquando recuperare volet, vt neque pignoris, neque ſeruitutis ius vllum in ea re conſtitui ab emptore poſſit? Imò quàm optima & expedita: nempe ſic inita conuentione, non vt res retrouenda-

tur aut reſtituatur, ſed vt oblato intra dictam diem pretio fundus inemptus fiat, vt in ſpecie *l. ſi à te 7. C. de pact. inter empt. & vendit.* Huius enim conuentionis poteſtas illa eſt, vt ſatis faciente ex parte ſua venditore, reſoluatur ipſo iure venditio, & conſequenter nunquã dominus emptor fuiſſe videatur, nec proinde ius habuiſſe conſtituendi pignoris, aut imponendę ſeruitutis, quorũ neutrũ fieri poteſt ab eo qui nõ ſit dominus. Quo magis æqua videri debet ſentẽtia noſtra quæ emptori emptoríſq; creditorib. fauet, ſoliúſque venditoris vtilitatẽ impugnat, cui ſanè imputari poteſt cur vendiderit ſub pacto de retrouendendo, ac non potiùs eam conuentionẽ adhibuerit, cuius poteſtate venditio reſolui quandoque poſſet: quo caſu nec venditori neceſſaria eſſet autoritas ſtatuti ad agendum contra tertium poſſeſſorem, non quidem ex pacto, ſed directa dominij vindicatione, acſi nulla vnquam venditio facta eſſet.

ERROR SECVNDVS.

De facta per emptorem oppigneratione fundi, in cuius venditione læſio immodica & enormis interuenit.

SVMMARIA.

1 *An valeat oppigneratio rei quæ poſtmodum redit ad venditorem ex cauſa petitæ propter immodicam læſionem reſtitutionis.*

2 *Bartoli ſententia affirmans autori probata.*

3 *Baldi ſententia negans à Pinello defenſa.*

4 *Hanc ſententiam malè inde firmari, quòd reſoluto iure datoris prorſus neceſſe ſit reſolui ius acceptoris. & nu. 26.*

5 *Malè quoque ſtatuminari ex l. 31. D. de pignor. vbi vectigali fundo oppignerato, & emphyteuta canonem non ſoluente, fundus ad dominum redit; ipſo iure ac pignus euaneſcit.*

6 *Plus iuris habet dominus directus, quàm habere poſſit is qui ſub lege commiſſoria aut pacto addictionis in diem vendidit.*

7 *Error Baldi & ſequacium.*

8 *Quo ſenſu dicatur conſolidari dominium vtile cum directo.*

9 *Cur finiatur ius ſeruitutis ſeu pignoris ab emphyteuta conſtituti, eo canonem non ſoluente.*

10 *Quod de reſolutione pignoris in fundo vectigali conſtituti dictum eſt, non poſſe locum habere in venditione, quæ propter immodicam læſionem reſcinditur.*

11 *Error Bartoli, Baldi & aliorum de cardine quæſtionis.*

12 *Venditio propter immodicam læſionem non dicitur reſolui, ſed reſcindi & nu. 20.*

13 *Reſolutio quæ fit ex lege commiſſoria aut pacto addictionis in diem quatenus voluntaria, quatenus etiam neceſſaria.*

14 *Caſus quo reſolutio venditionis eſt merè voluntaria.*

15 *Quamuis in nudam emptoris voluntatem conferri poſſit reſolutio venditionis, non tamen poteſt in eiuſdem voluntatem conferri ius pignoris, quod emptor ipſe conſtituiſſet in re cuius tunc verè dominus erat.*

16 *Error Bartoli in aſſignanda cauſa propter quam in l. 4. §. ſed & Marcellus. D. de in diem addict. finitur pignus.*

17 *Lapſus Emanuelis Soarez.*

18 *Vnde æſtimanda ſit voluntaria aut neceſſaria reſtitutio rei emptæ ſub pacto addictionis in diem, aut legis commiſſoriæ.*

19 *In ſpecie l. 4. §. ſed & Marcellus. D. de in diem add. venditionem reſolui: in ſpecie verò l. 2. C. de reſc. vendit. reſcindi.*

20 *Error Pinelli reſciſſionis & reſolutionis nomina confundentis.*

21 *In ſpecie l. lex vectigali. 31. D. de pignorib. nullam eſſe obligationem perſonalem cuius poteſtate contractus reſcindatur, aduerſus Pinellum.*

22 *Aliud eſſe diſſolui pignus, aliud finiri.*

23 *Obiectio Pinelli & eius dilutio.*

24 *Qui alien*

Digitized by Google

24 *Qui alienare poteſt, multò magis & obligare poterit.*
25 *Exceptio.*
26 *Varij errores Pinelli exploſi.*

COGIT nos vtilitas huius quæſtionis, † & quæ illi eſt affinitas 1
cum ſuperiore, vt inſtitutum tractatum de venditione facta ſub
pacto de retrouendendo aliquantulum interrumpamus. Etſi enim ſatis liquet ex ſuperioribus, quid nos ad hanc quoque quæſtionem ex vera rectaque iuris ratione reſpondendum arbitremur, valere † 2
ſcilicet oppignerationem rei quæ poſtmodum redeat ad venditorem ex cauſa petitæ propter immodicam læſionem reſtitutionis, nec ob id ſolùm pignus intercidere, quòd ab emptore qui rē pignori dederat ea res auocetur, quod & Bartolus ſenſit ad *l.4.§.ſed & Marcellus D. de in diem addict. ad l.ſi res 3. D.quib.mod.pign.vel hypoth.ſoluit.*& ad *l.in diem 8.D. de aqua pluu. arc.* cuius ſententiam magis communiter receptam eſſe teſtatur Boerius *deciſ.*181
num 10.Video tamen contrariam † opinionem quæ Baldi primùm fuit ad *l.2.* 3
*quæſtion.*13.*C de reſcind.vendit.*à recentioribus interpretibus,& à pragmaticis noſtris magis probatam, quam & veriorem eſſe defendit Arius Pinellus Doctor ſanè alioqui non inſubtilis in ſuis ad *d.l.2.*commentariis *cap.3. part.2.numer.*11.*& ſeqq.*vbi præfatur ob varietatem Doctorum & conflictum rationum egere quæſtionem hanc regia deciſione. Illud verò non poſſum non mirari tam improbabilem ſententiam tot tantóſque aſſertores habere potuiſſe, quibus ad eam comprobandam, nec ratio † alia melióue occurrit, 4
quàm quòd reſoluto, inquiunt, iure datoris prorſus neceſſe ſit reſolui etiam ius acceptoris, *ex l.l x vectigali 31.D.de pignor.l.debitor 40.§.vltim. D.de pignor.act.* Quàm tamen rationem iam olim Bartolus non malè confutauit, obſeruans † in ſpecie *dicta l. lex vectigali*, auocari rē præciſè abſque vllo con- 5
ſenſu eius qui rē obligauit, in propoſita verò quæſtione non auocari niſi interueniente facto & voluntate emptoris, id eſt nolente illo iuſtum pretium ſupplere. Nam quod Baldus replicat vt obiectionem ſuam tueatur, Ex facto debitoris non ſoluentis canonem domino directo, conſolidari dominium vtile cum directo, cùm ſoluendo canonem vitaret ille cōmiſſum: nec eo minùs tamen reſcindi hypothecam ab emphyteuta conſtitutam, rémque ad dominium liberam redire, nec Pinellus ipſe probare poteſt qui argumentum hoc à remotis eſſe ait, neque reſpicere tempus auocationis. Debuit potiùs dicere longè diuerſum eſſe caſum illum ab eo quem nos tractamus. Nam licèt in emphyteutę poteſtate ſit vt canonem ſoluat atque ita commiſſi pœnam effugiat, ſi tamen in ſoluendo negligens ſit & contumax, cadit à iure ſuo ex lege & conuentione emphyteuſi ab initio dicta, cuius poteſtate contractus emphyteuticarius ipſo iure reſoluitur, ita vt nullum emphyteutæ factum interuenire neceſſe ſit ſufficiente ipſo non facto, quemadmodum in lege commiſſoria, & pacto addictionis in diem, aliiſque ſimilibus contingeret, *l.2. & vlt. C. de iur. emphyt.* Imò verò plus iuris † habet dominus directus, quàm habere poſſit is qui ſub lege com- 6
miſſoria aut pacto addictionis in diem vendidit, quod quandiu venditionis reſolutio eſt in pendenti, emptor ſolus eſt dominus, nec quicquam iuris habet venditor in ea re cuius plenum dominium tranſtulit in emptorem, niſi quod euenire poteſt vt res fiat inempta ſi pacti conditio extiterit *d.§.ſed & Marcellus.* At tum etiam cùm emphyteuta dominus vtilis eſt rei emphyteuticæ & quandiu contractus emphyteuticarius ſubſiſtit, ius dominij dire-

Digitized by Google

cti penes eum eſt qui fundum in emphyteuſim dedit. Nec enim dominium vtile vllum eſſe, aut intelligi poteſt niſi ex comparatione directi, quia per ſolam à directo ſeparationem conſtituitur. Proinde facilius eſt vt dominium vtile cum directo conſolidetur, quàm vt dominus fiat is qui anteà per ali-
7 quod tempus dominij ius nullum habuerit. In eóque magnus † certè Baldi error eſt & pragmaticorum omnium exiſtimantium cadente emphyteuta à iure ſuo ob factam in ſolutione canonis ceſſationem redire rem ad dominiũ directum, quaſi dominium illud vtile quod in eum vſque diem fuerat penes emphyteutam exinde acquiratur domino directo. Neque enim poteſt videri redire dominium ad eum à quo nunquam abceſſerit ſi de directo intelligas, ſin de vtili, fuit quidem illud emphyteutæ quandiu contractus emphyteuticus ſubſiſtit, ſed ita tamen vt amiſſum ab emphyteuta non potuerit recurrere ad dominum directum, quia nunquam dominium vtile concurrere poteſt cum directo in vna eadémque perſona. Et cùm dicimus conſolidari
8 dominium † vtile cum directo, non illud ſignificamus quod vulgò pragmatici putant, incipere dominium directum vtile quoque dominium habere, ſed illud potiùs vtile dominium finiri & extingui conſolidatione, quomodo etiam dicimus finiri vſumfructum. Nam quemadmodum vſusfructus nullus eſt qui ſit cum proprietate coniunctus vt à nobis pluribus ſcriptum & comprobatum eſt *lib.15.Coniect.cap.18.* ſed conſtituitur per ſeparationem à proprietate, ita nec dominium vtile vllum eſt quod cum directo poſſit eſſe coniunctum, ſed fit vtile per diſtinctionem & ſeparationem à directo. Rurſum ſicuti vſusfructus finitur conſolidatione, ſed ita tamen vt non idcirco acquiratur proprietario, ita & dominium vtile extinguitur per conſolidationem, nec ob id tamen acquiritur domino directo, cui nimirum ſatis eſt quòd dominus directus ſit, dum ne alius quiſquã ſit vtilis. Itaque cùm per
9 commiſſum † nihil iuris acquiratur domino directo, ſed tantùm cadat dominus vtilis à iure ſuo per eam quæ ipſo iure fit contractus reſolutionem, mirum non eſt finiri ius pignoris aut ſeruitutis, ſi quod ab emphyteuta medio tempore fuerat conſtitutum, quaſi ab eo conſtitutum, qui licèt vtilis dominij ius tum habuerit, cœpit tamen poſteà in eo eſſe, vt nec dominium, nec
10 aliud ius vllum in ea re vnquam habuiſſe videatur. Quod in † venditione, quæ propter enormem & immodicam læſionem reſcinditur, prorſus diuerſum eſt. Nam ſiue huiuſmodi venditionem reſcindi dicas officio iudicis, vt nos quidem dicendum arbitramur, ſiue impetrata, vt vulgò creditur, in integrum reſtitutione, de quo ſcripſimus *Decad. 7. cap.7.* non poteſt ea reſciſſio facere vt emptor qui per traditionem ex cauſa venditionis factam plenum rei venditæ dominium nactus eſt, nunquam dominus fuiſſe exiſtimetur, nec proinde vt dici poſſit nullo iure pignus aut ſeruitutem conſtituiſſe, ſi fortè eam rem pignori dederit, aut ei ſeruitutem impoſuerit. Reſciſſio namque ſupponit contractum tenere, cùm alioqui fieri nequeat vt id quod nullum eſt reſcindatur, ſicut in ſuperioribus diximus pactum de retrouendendo adeóque ipſam retrouenditionem ſupponere præcedentem, eámque validam venditionem: nec ferre poſſum quo pragmatici noſtri & ipſi quoque interpretes pro vero habent vt contractus reſciſſio & reſolutio pro eodem accipiantur, eiuſdémque hac parte momenti ſint & effectus. Et in hoc ſanè verſatur cardo totius huius quæſtionis. Nam ſi ex beneficio *l.2. C. de reſcind. vendit.* venditio propter immodicam læſionem reſolueretur, dici fortaſſis

poſſet

poſſet reſoluto iure datoris reſolui ius acceptoris, aut ſaltem de eo quæri oporteret, quiſnam eius regulæ rectus ſenſus eſſet. Sed cùm venditio tantùm reſcindatur, non reſoluatur, ſoláque reſolutio non etiam reſciſſio facere poſſit vt inempta res fiat, planè non video quam rationem habeat quod iſti volunt, reſciſſa venditione ex huiuſmodi cauſa finiri ius pignoris aut ſeruitutis, quod ab emptore eodémque tunc verò domino fuerit conſtitutum. Et in hoc ſanè fatendum † eſt non modo Baldum & quotquot illius opinionem 11
ſequuntur, ſed ipſum etiam Bartolum erraſſe, ob non benè perceptam verborum ſignificationem. In eo namque conſiſtere quæſtionem Bartolus putat, An reſolutio iſta quam fieri putat per venditionis reſciſſionem voluntaria ſit, an neceſſaria, nec in alio laborat, niſi vt probet eſſe voluntariam, quaſi aliud fuerit exiſtimaturus ſi neceſſaria probaretur. Ob ídque qui contra Baldum ſentiunt, omnes argumentorum ſuorum machinas eò conuertunt vt probent reſolutionem hanc neceſſariam eſſe, non voluntariam. Huc enim pertinet quod poſt alios Pinellus pro Baldo obiicit rei reſtitutionem quæ fit ex remedio *l.2.C.de reſcind.vendit.* fieri ex actione, iudicio, & ſententia, quæ omnia redduntur in inuitum *l.inter ſtipulantem 83.§.1.de verb. oblig.* Itémque quod addit non dici actum voluntarium in quo datur neceſſitas, etiáſi ex duobus alternatiuè debitis electio conuento detur ex *l.illud 25.§.1. D. de conſtit.pecun.& l.quæ ſub conditione 8.§.ſi quis.D.de condic.inſtit.* Egò verò ridiculam quæſtionem hāc eſſe arbitror, an reſolutio huiuſmodi voluntaria ſit an neceſſaria, quia nego eſſe reſolutionem, † dico eſſe reſciſſionem. Si eſſet 12
reſolutio venditionis, dicerē intrepidè cum Baldo, reſoluto iure emptoris reſolui debere ius creditoris & alterius cuiuſlibet qui cum emptore contraxerit. Nec valdè laborandum putarem an reſolutio voluntaria an neceſſaria dici deberet. Id eſt, an ex ipſius emptoris, an ex alterius tertij voluntate penderet, dū ne in meram emptoris voluptatē collata eſſet. In quo rurſum diſſentimus à Bartolo nō minùs quàm à Baldo. Neque enim negari poteſt reſolutionem quæ † fit ex vi legis cōmiſſoriæ aut pacti addictionis in diē volūtariā eſſe magis quàm neceſſariam, ſi ad id reſpicias quod in emptoris poteſtate eſt vt pretium ſoluat intra dictā diem, atque ita impediat ne lex committatur; aut vt meliorem afferat conditionē, nec ſuperuenieētis alterius emptoris licitatione & adiectione vinci ſe patiatur *l.licet 7.cum l.ſeq.D.de in diem addict. l. vlt. & paſſ.D.de leg.commiſſ.* Sed tamen non inde poſſis inferre adeo voluntariā eſſe hanc reſolutionem, vt non ſit aliquatenus etiam neceſſaria, quandoquidem in nudam & ſimplicē emptoris voluntatē collata non eſt. Fit enim emptore inuito, vt reſoluatur venditio ſi pretiū ad diem ſolutum non ſoluerit, aut ſi intra dictā diem melior conditio allata ſit, licèt ab initio facere ille potuerit ne lex cōmitteretur ſi aut pretium ſoluiſſet, aut licitatione ſuperaſſet. Aliud erit ſi ponas † diſtractā rē fuiſſe hac lege adiecta, *niſi emptori diſplicuiſſet.* vt in *l.3.in* 13 14
fin.D.quib.mod.pign.vel hypoth.ſoluit. Non enim dici vllomodo poteſt reſolui hanc venditionem inuito emptore quæ non alia de cauſa reſoluitur, quàm quia res vendita diſplicet emptori. Et quāuis perinde fieri poſſit vt facta venditione ſub lege commiſſoria, aut pacto addictionis in diē emptor ideo rem inemptam fieri patiatur, quòd ei diſpliceat res vendita, cuius pretium alioqui intra diē dictam ſoluturus fuiſſet, vel aucturus, non tamen perinde haberi venditio debet acſi facta eſſet ſub ea lege *niſi emptori res diſplicuiſſet*, ſiue quòd nouū non ſit, vt quod eſt in iuris regula, expreſſa nocēant quæ non expreſſa

non nocerent,vt & in *l.ſi ita legatum* 65.§.*De legat.*1.ſiue potiùs quòd è con-
trario fieri etiã poſſit, & verò plerunque fiat vt etiamſi maximè emptor ve-
lit,pretium tamen ad dictam diem ſoluere, vel augere non poſſit, præ angu-
ſtia rei familiaris aut qua alia ratione: Quo tamen caſu non minùs cõmitti-
tur lex venditionis,quia ſufficit pretium ſolutũ,vel auctũ non fuiſſe, ſiue vo-
lente ſiue inuito emptore acciderit vt legi quę venditionis reſolutionem im-
15 pedire poterat ſatisfactum non ſit. Et ſanè quãuis abſurdũ non ſit † in nudam
merámque emptoris voluntatẽ conferri reſolutionẽ venditionis (tametſi in
eiuſdẽ voluntatem cõtrahenda venditio cõferri nõ poſſet,quia nõ ſicut obli-
gatio quæ contrahitur, ita & quæ reſoluitur vinculũ vllũ habet,dandíque aut
faciendi aliquã neceſſitatem) abſurdum tamen eſſet, ac iniquum in emptoris
voluntatem conferri ius pignoris quod emptor ipſe conſtituiſſet in ea re cu-
ius tùm dominus verè fuiſſet. Quid enim poſſit venditor imputare credito-
ri cũ vero domino contrahenti? Aut cur grauiter ferat,reſoluta quoq; vendi-
tione pignus tamen ab emptore conſtitutum ſubſiſtere, qui in mera eiuſdem
emptoris voluntate poſitũ voluit an res maneret empta,an verò fieret inem-
pta? Nã cùm dubitare non poſſet quin emptori obligare pignori eam rem li-
ceret,cuius dominium ex iuſta emptione acquiſiuiſſet,an non ſciuit, aut ſci-
re debuit,fore vt pignus quod vtiliter contractum ſemel eſſet, ſola debitoris
voluntate poſteà diſſolui, aut quod non omnino idem eſt, finiri non poſſet?
Eáque proculdubio ſententia & ratio eſt *d.l.ſi res* 3.D.*quib.mod.pign. vel hy-
poth.ſol.*nec à Bartolo. nec ab alio fortaſſe vllo antehac intellecta. Sed & in
16 eo Bartolus † errat quod in ſpecie *d.l.*4.§.*ſed & Marcellus.* D.*de in diem ad-
dict.* id eſt facta vẽditione ſub pacto addictionis in diẽ, réque vẽdita interim
per emptorẽ obligata,ſi alius meliorem conditionem attulerit, pignus ideo
finiri putat, quòd rem ipſam hoc caſu præciſè reſtituere emptor teneatur.
Etenim vt nõ malè Pinellus argumentatur,non poteſt dici pręciſa reſtitutio,
inſpecto ſaltem tempore pignoris conſtituti,cùm in poteſtate emptoris tunc
fuerit efficere ne rem illam vnquam reſtituere teneretur,nimirum ſi tũc pre-
tium ſoluere vel poſtmodum ad noui emptoris licitationem adiicere vo-
luiſſet. Quamquam in pacto addictionis in diem difficilius hoc eſt quàm in
lege commiſſoria,ſiquidem euenit ſæpius vt qui licitatione vincere maximè
vellet,inuitus ab alio ſuperetur: creſcente per alternam inuidiã pluris licitãdi
17 calore. Nam quod Emanuel † Soarez ad Pinellum adnotauit,emptorẽ,cui in
diem addicta res fuit,poſſe pro eodem pretio quod alius offerat eandem rem
retinere, ridiculum eſt,& iis ipſis legibus quas Pinellus adducit contrarium.
Idque vel nomen ipſum adiectionis & licitationis oſtendit. Neque ad rem
facit quod ſcriptũ eſt in *l.ſi in emptionem* 35.D. *de mino.* qua Soarez mouetur:
Habet enim lex illa ſpecialem rationem, quam nos ſequenti capite propo-
nemus. Poſſit tamen quis pro Bartolo contra Pinellum reſpondere, quod
Pinellus ipſe contrà Baldum reſpondit nimis à remotis petitum eſſe argu-
18 mentum ſi in æſtimando† an voluntaria an neceſſaria & præciſa ſit rei reſti-
tutio, aliud quàm ipſum auocationis tempus inſpiciatur. Nam cùm omni-
bus conuentionibus illud commune ſit vt ſint voluntariæ *l.ſicut* 4 C. *de oblig.
& act.* conſequens eſſet,inſpecto initio voluntariã dicendam fore illam quo-
que reſtitutionem quæ fieret ex conuentionis neceſſitate. Porrò auoca-
tionis tempore inſpecto,negari non poteſt quin præciſa & neceſſaria reſtitu-
tio ſit,quæ fit poſt venditionẽ ex lege commiſſoria aut pacto in diẽ addictio-

nis reſolutam,quia exinde non fuit in emptoris poteſtate vt aliud quàm rem ipſam reſtitueret, licèt ab initio facere potuerit ne venditio reſolueretur. Sed tamen ſi aliud nihil pro Bartolo reſponderi poſſet, vrgere adhuc liceret pro Baldo,idem euenire cùm reſciſſa venditione in cuius precio immodica læſio interuenit res ab emptore auocatur per vẽditorem. Etſi enim ab initio adeóque poſt condemnationẽ habet emptor electionẽ vtrũ rem ipſam reddere pretio quod dederat recepto, an iuſtum pretiũ ſupplere malit, ſi tamen in facienda electione,aut electa pretij ſuppletione,in eo ſoluendo morã cõmittat,non aliæ iudicis partes eſſe poſſunt,quàm vt ei præſtituat diem intra quam eligere,aut ſi iam id elegerit iuſtum preciũ ſupplere iubeatur,id ni faciat res ipſa præcisè ab eo auocetur. Quo caſu nemo non videt poſt elapſam diem incipere reſtitutionẽ & auocationẽ rei eſſe præciſam quæ primùm fuerat voluntaria. Itaque pro Bartolo † ea potiùs reſponſio probanda eſt quam 19
attulimus;quòd in ſpecie *d. §. ſed & Marcellus*, venditio facta ſub pacto addictionis in diem reſoluatur ſola pacti poteſtate,in ſpecie autem *d. l. 2. C. de reſcind. vendit.* venditio propter immodicã læſionẽ non reſoluitur,ſed reſcinditur, tantum abeſt vt ea dici poſſit reſolutio neceſſaria licèt auocatio poſſit eſſe neceſſaria & præciſa, emptore ſcilicet vel eligere, vel electam iuſti pretij ſuppletionẽ facere nolente aut diutiùs cunctante. Et ridiculè Pinellus vt Baldum tueatur,confundit iura† & nomina *reſolutionis & receſſionis.* Non in 20
eo ſolùm quòd reſciſſionem quæ fit ex cauſa immodicæ læſionis reſolutionẽ vocat,ſed in eo etiã & multò ineptiùs,† quòd in ſpecie *l. lex vectigali*,tractari 21
ait de obligatione perſonali ratione rei per quam obligationem ius debitoris,inquit,in eadẽ re reſcindatur, & conſequenter hypotheca interim contracta. Nam imò verò in ea ſpecie dicendum eſt, reſolutionem contractus fieri non reſciſſionem,negãdúmque obligationem perſonalem vllã eſſe quæ ius debitoris poſſit extinguere. Lex enim vectigali fundo dicta proponebatur vt ſi poſt certum tempus vectigal ſolutũ non eſſet,is fundus ad dominum rediret,id eſt nunquam vectigalis fuiſſe videretur,quæ conuentio haud dubiè contractus reſolutoria eſt. Nã quod conuentio ſic habet vt fundus ad dominũ redeat non ſic accipi debet quaſi dominiũ vtile fundi quod acquiſitori fuerat quæſitũ transferatur rurſum in concedentẽ,qui ſanè dominus ſemper manſit. Vectigales enim agri vocantur qui in perpetuum locantur *l. 1. in princip. D. ſi ager vectig.* id eſt *emphyt. petat.* Locatio autẽ quantũuis perpetua dominium transferre nũquam poteſt,quãuis placuerit conductori dãdam eſſe in rem actionẽ non ſolùm aduerſus quemlibet poſſeſſorem, ſed & aduerſus ipſum concedentẽ,ita tamen ſi vectigal ſoluatur,vt eadem lex ait. Itaque conuentionis poteſtas in eo tantùm elucet, vt quamdiu pro eo fundo vectigal pendatur, tandiu neque ipſi qui conduxit, neque his qui in locum eius ſucceſſerunt auferre eum liceat,contrà verò ſi vectigal non pendetur, auferre licet ſcilicet poſſeſſionẽ,non dominiũ fundi: Ex quo apparet in vectigalis fundi conceſſione non tam id agi vt perſonalis aliqua obligatio contrahatur,quàm vt fundi poſſeſſio in accipientem transferatur certa lege, cui ſi non parebitur,tum demum res auocari & auferri poſſit. Etſi non nego locatorem ſi malit agere ad vectigalis ſolutionem,habere in eam rem paratam ex locato actionem quę merè perſonalis eſt,neque cogendum vt contractus ſui legem inuitus exerceat ſicut nec venditor legem commiſſoriam exercere cogitur ſi nolit *l. 3. D. de leg. commiſſ.* quia ſicut lex illa in fauorem vendito-

ris,ita hæc ſolius locatoris commodo adiecta intelligi debet. Sed hoc tamen contendo aduerſus Pinellum,nullam hic obligationem perſonalem eſſe cuius poteſtate contractus reſcindatur,quoniam vel iure ſuo vti, & contractus legem exercere locator volet,vel nolet. Si volet,nulla perſonalis eo caſu obligatio eſt quam proponere aut poſſit aut debeat, ſufficitque impletam eſſe conditionem ad contractum reſoluendum: Reſolutio enim non obligationis,ſed conuentionis ſolius & conditionis poteſtate fit: Cur namque obligationem perſonalem inducamus ad hoc vt contractus ipſo iure reſoluatur, id eſt vt ne quidem vlla ex eo vnquam nata obligatio eſſe intelligatur? Implicat ſcilicet contradictionem vt competat obligatio aliqua ex contractu qui non ampliùs reſoluendus ſit,ſed iam ipſo iure reſolutus. Si verò locationis perpetuæ legem exercere locator nolet,& vectigalis ſolutionem vrgere malet,ſupererit quidem perſonalis obligatio ex iuſto contractu profecta, ſed quæ tantùm abeſt vt contractum reſciſſura ſit, vt nec aliam ob cauſam ſuperſit quàm quòd contractus ſubſiſtat,ita volente locatore, ac moræ purgationem quæ alioqui nulla fieri poſſet vltrò admittente. Proinde quis iam miretur reſoluto iure conductoris perpetui, reſolui quoque & finiri pignus quod à conductore fuerat conſtitutum? Aut quis ex eo inferat,ſimiliter reſolui & finiri debere pignus ab emptore datum, ob id ſolùm quod venditio reſciſſa ſit ex cauſa immodicæ læſionis? Nemo prorſus niſi qui cum Pinello & aliis interpretibus confundere velit non tantùm nomina, ſed etiam iura reſolutionis & reſciſſionis. Sicut autem inter reſolutionem & reſciſſionem contractus quàm maximè intereſt, ita & illud obſeruandum eſt quod
22 nos ſuprà iam attigimus,longè aliud eſſe † ſi quis pignus diſſolui dicat, aliud ſe finiri. Diſſoluitur pignus & verò diſſoluendum neceſſariò eſt quod ita datum fuit,vt aliquando tenuerit, nec in eo vnquam ſit, vt nunquam datum fuiſſe videatur. Finitur verò quod deſinit pignus eſſe: Cúmque fieri nequeat, vt pignori eſſe deſinat ea res, quæ ſemel rectè & vtiliter obligata fuit, quin creditori ſolutum aut aliter eo nomine ſatisfactum fuerit, apparet nec illud fieri poſſe vt finiatur pignus niſi quod reſoluitur,id eſt in eum ſtatum deducitur,vt nunquam contractum fuiſſe exiſtimetur: quod ipſum non alio caſu euenit quàm quo vel cõtractus ipſe in quo de pignore cõuenit reſoluatur, vel alius ex quo ius dandi pignoris nactus ſit is qui pignus dedit. Itaque reſolui & finiri pignus pene idem eſt,diſſolui verò diuerſum. Diſſoluendum enim pignus illud eſt quod alioqui duraret,non quod ipſo iure finitum ſit,
23 & reſolutum. Iam verò quod Pinellus † poſt Tiraquellum obiicit, ita poſito iure vt etiam poſt reſciſſam ex cauſa immodicæ læſionis venditionem duret pignus quod ab emptore intereà conſtitutum fuit, euenturum facilè vt æquitas *l.2.C.de reſcind. vendit.* eludatur, ſcilicet ære alieno per emptorem onerata re vendita,prorſus ridiculum eſt. Cùm venditoris indemnitati commodiſſimè poſſit conſuli, emptore in omne id condemnando quod hanc ob cauſam poteſt intereſſe venditoris. Neque enim æquum eſſet venditoris damno & incommodo cedere pecuniam emptori creditam, & cuius lucrum ac commodum emptor ipſe percepiſſet. Nec quòd emptor pignus dando iure ſuo vſus ſit,facere poteſt ne reſciſſa venditione indemnitatem illam præſtare teneatur, maximè ſi cum pragmaticis noſtris putes reſciſſionem hanc fieri beneficio reſtitutionis, quia neque in integrum reſtituta omnia dici poſſent,ſi deteriore conditione res nunc eſſet penes venditorem, quàm futura

t.ra erat ſi venditio facta non fuiſſet. Præſertim cùm poſſit imputari em-
ptori, cur non potius iuſti pretij ſupplctionem elegerit, quo tamen caſu
nemo non videt futurum vt pignus quod ipſe conſtituiſſet luere etiam i-
pſe non venditor deberet. . Ergo ſi rem reſtituere malit, cur non perin-
de condemnabitur venditori in id omne quod venditor ob ipſius factum
præſtare cogendus ſit creditori? Alioqui ſanè legis æquitas circumueni-
retur, eligente ſemper emptore reſtitutionem rei, nunquam verò iuſti
pretij ſuppletionem, vt venditoris ſui incommodo cederet pignoris da-
tio, non ſuo. Neque verò aliter aut Bartolum aut alios ſenſiſſe creden-
dum eſt. Nam & ſi emptor hic rem ſibi venditam non ſolùm obligaſſet,
ſed etiam in ſecundum emptorem alienaſſet, fatentur omnes, quod nec
Pinellus negat, dari actionem ad pretium aduerſus emptorem qui vendi-
dit, quidni ergo & ad indemnitatem ſi non vendidit ſed obligauit? Ita
enim fit vt eadem ſit ratio partis pro parte, quæ totius pro toto, nec in
eo ſolùm quòd emptor qui rem obligauit æquè condemnatur indemnita-
tis nomine, atque condemnaretur ad totum pretium ſi rem alienaſſet, ſed
in illo etiam, quòd quemadmodum permittimus emptori vt eam rem in
qua venditor immodicè læſus fuit, alienet, ita & multò magis, vt eam rem
obliget. Inauditum enim eſt vt cui plus licet, non liceat quod eſt minus,
vtque obligandi † ius non habeat qui habet ius alienandi, ſi maritum ex- 24
cipias † cui lex Iulia permiſit vt fundum dotalem conſentiente muliere poſ- 25
ſet vendere, oppignerare non item §. 1. *Inſtit. quibus alien. licet vel non*,
ſpeciali ratione, & dotium fauore, quòd oppignerationi facilius quàm
alienationi conſenſura mulier videretur. Nec video cui placere poſſit diſ-
ſimilitudinis ratio illa, quam Pinellus † adfert, quod cùm primus emptor 26
rem alienauit, nulla competat actio venditori niſi ad pretium, nec proinde
quæri poſſit de reſoluendo iure ſecundi emptoris cùm per auocationem quę
nulla fit, ne quidem primi emptoris ius reſoluitur: quod, inquit, diuer-
ſum eſt, ea re pignori tantùm data, quoniam oppigneratio non impedit
auocationem, cuius poteſtate putat ille fieri venditionis reſolutionem.
Nam in eo ſemper errat & cæcutit Pinellus quòd auocationem hanc ſic fie-
ri putat, vt venditio reſoluatur, quæ tamen vt probauimus, non reſoluitur,
ſed reſcinditur: Ideóque non magis cùm res auocatur quàm cùm non a-
uocatur locus eſſe poteſt regulæ quæ habet, Reſoluto iure datoris reſolui
quoque ius acceptoris. Sicut è contrario perinde vtroque caſu reſcindi
venditionem neceſſe eſt, vt alienata re per primum emptorem poſſit ven-
ditor aduerſus eum agere ad pretium iuſtum & verum: quod ſanè priore
venditione ſalua & ſubſiſtente deberi non poſſet. Falſum igitur eſt, quod
ſupradicto loco Pinellus concludit *num.* 19. limitari hoc caſu vul-
garem illam regulam de toto ad partem *l. quæ de tota* 76.
D. de rei vindic. Nam aut limitatio alia
quærenda, aut prorſus
nulla eſt.

⁂

ERROR TERTIVS.

De ſpecie & ſententia l.ſi in emptionem 35. D.de minor.

SVMMARIA.

1 Facta venditione ſub pacto addictionis in diem non poteſt emptor pro eodem pretio quod alius offerat eandem rem retinere.

2 In oppoſitum Emanuelis Soarez ſententia.

3 Soarez abuti l.ſi in emptionem 35. D. de minorib, cuius ſpecies, ſententia & ratio declarantur.

PERTINEBIT hoc caput ad ea quæ de in diem addictione proximè diſputauimus. Separandum enim fuit, ne quod multi faciunt, propoſitã quæſtionem ſatis alioqui difficilem & obſcuram, confuſis & implicitis aliis & difficiliorem & longiore tractatu obſcuriorẽ redderemus. Diximus obiter facta venditione † ſub pacto addictionis in diẽ non eſſe permittendũ emptori, vt aucto
1 per alium pretio eam rem pro eodem pretio retinere poſſit, ni augere & adiicere ipſe etiam velit: quod ſanè apertiſſimis verbis ſcriptum eſt in *l.licet 7.*
2 *cum ſeq.D.de in diem addict.* Et tamen non deſunt ex pragmaticis † noſtris qui contra putent, decepti, vt video, autoritate Emanuelis Soarez, qui in ſuis ad Pinellum annotatiunculis eo ipſo loco quẽ nos proximè agitauimus, & primus, quod ſciam defendit audacter, audiendũ eſſe emptorẽ ſi idem pretium offerat quod alius obtulit, & non maius. Ex *l.ſi in emptionem* 35. *D.de minor.* vbi Hermogenianus † ſcribit, ſi in emptionẽ penes ſe collocatam minor ad-
3 iectione ab alio ſuperetur, implorãtem eum in integrum reſtitutionẽ audiri debere, ſi probet ſua intereſſe remiſſã emptam fuiſſe, veluti quòd maiorum eius fuiſſet, ſed ita tamẽ, inquit lex, vt quod ex licitatione acceſſit, offerat venditori. Mihi verò ea lex videtur propriam & ſpecialem habere rationem in cauſa reſtitutionis in integrum quæ minori datur. Non quòd hac parte minor ſit fauorabilior maiore vt pro eodẽ pretio poſſit vincere collicitantem, quandiu tẽpora adiectionem patiuntur. Sed quia poſt elapſum licitãdi & adiiciendi tempus, ſi in hoc ipſo læſus fuerit, quòd ſe vinci paſſus eſt, reſtitui in integrũ poteſt beneficio ætatis, qui ſi maior eſſet, reſtitui nullomodo poſſet. Cùmq. ea reſtitutio non niſi poſt addictionis in diẽ impetretur (quia nec antè læſus minor videri deberet, qui ſi pluris licitari vellet, vinceret) non aliud ſanè precium offerre minor cogendus eſt, quàm quod ab emptore eodémq; victore oblatum fuerit, & conſtitutum. Nam cùm venditori pretium illud offerendum ſit, vt lex ait, non poteſt vtique pluris intereſſe venditoris, qui nonniſi tanti æſtimauit re ſua carere. Videri poſſet intereſſe potiùs emptoris, eo ſaltem caſu, quo precium adhuc augere vellet, eundémque minorem licitatione rurſum ſuperare. Ne alioqui eueniat, vt per impetratam reſtitutionem melior ſit conditio minoris, quàm futura eſſet rebus omnibus integris, quod vel ab ipſo in integrum reſtitutionis nomine abhorret. Alioqui facile fuerit minori fraudem comminiſci, & aſſequi ſi prima vel vnius nummi adiectione vinci ſe patiatur, vt poſtmodum petita reſtitutione pro eodem pretio vicerit, qui nec ſi duplum tunc obtuliſſet, vincere tamen for-

taſſis

taſſis potuiſſet. Verùm non ita eſt, minoríque hac in re magis fauemus quàm emptori, dum ne tamen fraudis conſilium vllum probetur (hoc enim pro excepto ſemper haberi debet), præſertim cùm tractatur de reſtitutionibus in integrum quas ſola æquitate niti conſtat) quia conuentionis, id eſt, addictionis quæ in diem facta fuerat, verba non patiuntur vt poſt eam diem adiectio aliqua recipiatur: nouáque in eam rem conuentione ad nouum diem dicendum opus eſſet, quam porrò minor vt ineat, cogi nullomodo poteſt, licet quàm maximè actor ſit, & quidem voluntarius, in petenda reſtitutione. Ex quo maximum certè argumentum ſumi poteſt aduerſus eos, qui minori ſubueniendum putant contra lapſum temporis conuentionalis, vt tantundem temporis ei reſtituatur ad faciendum id quod intra tempus illud facere & potuit & debuit. Nam in ſpecie *d.l. ſi in emptionem*, reſtituitur minor non aduerſus lapſum temporis, ſed aduerſus omiſſam adiectionem. Alioquin ſi tempus in quod addictio facta fuerat reſtitueretur, non niſi cum ſua cauſa reſtitueretur: id eſt ita vt cogendus eſſet minor adiicere ad emptoris adiectionem, rurſúſque aliam eiuſdem adeóque alterius cuiuſlibet emptoris ad licitationem accedentis, adiectionem admittere, non ſecus acſi addictionis tempora nondum elapſa eſſent, vt contingeret, ſi aduerſus lapſum temporis legalis, vt ita dicam, reſtitutio impetraretur. In quo reſtitutionis genere dici ſolet, tantundem reddere reſtitutionem quantum læſio abſtulerat. *l. ſed etſi 26. §. ſi feriæ cum ſeq. l. necnon 28. §. ſiquis ſæpius.* D. *quib. ex cauſ. maior.* Sed de tota illa quæſtione dicendum nobis erit fuſiùs alio loco. Hæc obiter & ferè extra rem dicta ſint.

ERROR QVARTVS.

De facta per donatarium oppignoratione rei donatæ, ſi poſt oppignorationem donatio ex cauſa ingratitudinis reuocata ſit.

SVMMARIA.

1. *Ex ſententia Pinelli, ſi donatarius rem donatam oppignorauerit, deinde donatio ex cauſa ingratitudinis reuocetur, reſcinditur hypotheca: non item alienatio, ſi res alienata proponatur.*
2. *Quam diuerſitatis rationem afferat Pinellus.*
3. *In oppoſitum autoris ſententia.*
4. *Quantum interſit inter reuocationem donationis & reſolutionem.*
5. *Non poteſt reſolui pignus quod donatarius dedit ante donationis reuocationem.*
6. *Si donatorio ingrato liceat rem donatam alienare, multò magis obligare.*
7. *Reuocatio donationis eſt noua dominij acquiſitio.*
8. *Differentia inter has conditiones ſi volet, & ſi nolet ratione reſolutionis conuentionis.*
9. *Quomodo ſibi cauere poſſit donator aduerſus alienationes & oppignorationes quæ à donatario fieri poſſunt.*
10. *Molinæus notatur.*

IN hac quoque quæſtione quæ nobiliores iuris interpretes diſſentiẽtes habuit, diſputãdũ nobis eſt aduerſus Ariũ Pinellũ qui ad *l. 2. C. de reſcind. vendit.* & eo ipſo capite quod à nobis citatum eſt in ſuperioribus, pertinaciter defendit, ſi donatarius † 1
rem ſibi donatam pignori dederit, deinde donatio ex cauſa ingratitudinis reuocata ſit, reſcindi vt ipſe loquitur, hypothecam, licèt fateatur, ſi quod magis eſt, alienatio aliqua per donatarium facta ſit, reſcindi eam non debere, quod & à Conſtantino expreſſim cautum eſt in in *l. bis*

ſol matribus 7.C.de reuoc.donat. Quaſi abſurdum non ſit in hoc ſeparari hypothecam ab alienatione, *arg.l.in quorum 24. D.de pignor.* Hac vna diuerſita-
2 tis ratione,† quòd cùm res donata alienata eſt, tametſi poſteà reuocetur donatio propter ingratitudinem, nulla tamen actio donatori competit aduerſus tertium poſſeſſorem, ad rem auocandam, nec proinde donatio ipſa hac parte reſcinditur, quomodo reſcinditur cùm donatione reuocata res ipſa quæ penes donatarium manſit, aut in eius ſaltem dominio & iure per donatorem auocatur. Ideóque putant noſtri poſteriore hoc caſu non etiam priore locum eſſe regulæ quæ reſoluto iure datoris reſolui vult ius accepteris ex *l.lex vectigalis 31.D.de pignor.* Sic enim Tiraq.in *l.ſi vnquam.* in verb.*reuertatur.num.*172.*C.de reuocand.donat.* poſt alios multos quos congerit, præſer-
3 tim Rip.in *l.fin.quæſt.*42.*C.eod.* Ego verò †vt contrà ſentiam ex eo moueor quod donatio ex cauſa ingratitudinis reuocatur quidem ipſo iure, ſed tamen non reſoluitur, vt res quæ donota eſt pro eo haberi debeat acſi nunquam donata eſſet. Neceſſariã enim eſt donatoris querimonia, & voluntatis declaratio, quòd ex ea cauſa reuocatam donationem velit: Alioqui non ſolùm non habetur donatio pro reuocata ipſo iure, ſed neque per donatoris heredes reuocari poteſt, ſicut neque ingratitudo obiici quam defunctus donator nunquam obiecit, vt habet expreſſa in eam rem Iuſtiniani conſtitutio in *d. l.fin* Ex quo apparet quantum interſit inter reuocationem† donationis & re-
4 ſolutionem. Reſolui enim donationem cùm dicimus illud ſignificamus haberi eam pro non facta, & rem donatam pro non donata, quemadmodum venditionẽ reſolui dicimus, cũ res empta fit inempta poteſtate legis cõmiſſoriæ aut pacti addictionis in diem. Quo exemplo poſſis dicere vix alio vllo caſu donationis reſolutionem fieri poſſe, quàm quo conuenerit diſertis verbis, vt ſi donatarium ingratum fieri, vel, quod parum diſtat, conuentionibus donationi adſcriptis non ſatisfacere contigerit, donatio pro nunquam facta habeatur. Neque enim nouum eſt maiorem vim eſſe expreſſi quàm taciti. Quanquam & ita, vti diximus, concepta conuentione non poteſt videri expreſſum id eſſe quod alioquin ineſſet, quia illud quidem tacitè ineſt etiamſi expreſſum non ſit, vt ex cauſa ingratitudinis donatio reuocari poſſit, adeóque reuocetur ipſo iure, ſi donator id velit, ſed non illud etiam vt donatio reſoluatur, & nunquam facta exiſtimetur. Et ſanè vel ipſum *reuocationis* nomẽ demõſtrat & præ ſe fert factũ aliquod hominis reuocantis. Contra verò *reſolutionis* nomen nihil niſi poteſtatem iuris reſoluentis. Nam quemadmodum contracta obligatio iuris vinculum eſt non hominis, ita obligationis reſolutio tota ex iure eſt non ab homine. Auocatur quidem res ab homine tum etiam cùm contractus reſoluitur: ſed auocatio illa ſequitur reſolutionem, magiſque effectus & ſequela reſolutionis, quàm reſolutio ipſa dicenda eſt. Cæterùm reſolutionis ſolius poteſtas illa eſt, vt ſi res quæ fuerat acquiſita, medio tempore fuerit obligata, pignus euaneſcat, quod alioqui poteſtate reuocationis non magis poteſt euaneſcere, quàm ſi vel officio iudicis, vel per in integrum reſtitutionem contractus reſcinderetur. Itaque omnia ea quæ in ſuperioribus diſputauimus aduerſus illorum ſententiam, qui putant reſciſſa venditione ex cauſa immodicæ læſionis reſcindi quoque ius hypothecæ per emptorem interim conſtitutæ, ad hunc etiam tra-
5 ctatum perinde accommodari poſſunt, vt probemus non poſſe reſolui † pignus, quod donatarius dederit ante donationis reuocationem, ſiue iam tum

cùm

cùm pignus dabatur ingratitudinis cauſa aliqua commiſſa eſſet, ſiue nulla. Quin & in donationibus multò certius hoc ius eſt, propter apertam illam Conſtantini legem in *d.l.his ſolis*, quæ poſt reuocatas etiam donationes, nihilominus valere vult, & ſubſiſtere alienationes quas medio tempore donatarius fecerit: nam quicquid Pinellus poſt alios cauſetur, quid abſurdius dici poteſt, quàm vt donatario † etiam ingrato liceat rem donatam alienare, 6
non liceat obligare? Quod enim Pinellus reſpondet, alienationem facere, non etiam oppignerationem, vt auocari res non poſſit à donatario, ac proinde vt neque reſolui debeat alienatio, quam donatarius fecerit, tantò apertiùs offendit, ex cauſa ingratitudinis non fieri donationis reſolutionem: quæ ſi fieret, non prohiberetur vtique donator rem ſuam quæ pro nũquam donata haberetur, à poſſeſſore quolibet vindicare: ſicut euenit cùm is qui rem emit ſub lege commiſſoria, vel ſub pacto addictionis in diem, ante diem alij eam alienauit. Cùm enim his caſibus fundus inemptus fiat, quo iure obſecro, aut quo colore liceat poſſeſſori ſuam rem dicere & retinere, quam à non domino acquiſiuiſſe reperiatur? Denique ſola illa iuris factio quæ per ſolam reſolutionem inducitur, vt nunquam dominus fuiſſe videatur, qui re vera dominus aliquando fuit, efficere illud poteſt, vt irrita fiat ea omnia quæ tanquam à domino facta ſunt, nec niſi à vero domino fieri potuerunt, eiuſmodi eſt ius pignoris, alienationis, ſeruitutis, & alia ſi qua ſunt ſimilia. Quandiu enim verum eſt dominum fuiſſe eum qui alienauit, aut pignori dedit, aut ſeruitutem impoſuit, nec pro non domino habendum, ratio iuris pati non poteſt, vt alienatio illa vel pignoris, aut ſeruitutis conſtitutio in irritum deducatur. Neque quòd ea res, quandiu alienata non eſt reuocari poſſit, ad rem pertinet. Reuocatur enim cum ſua cauſa, ſicut nec niſi cum ſua cauſa alienari poſſet, *l. alienatio 67. D. de contr. empt.* Nam & reuocatio † illa haud dubiè alienatio eſt, cùm dominium quod à donatore 7
per traditionem abceſſerat, & in donatarium fuerat tranſlatum, redeat ad donatorem ipſo iure, ſi modò reuocatam donationem donator velit: Aliúdque numero dominium eſt quàm quod priùs fuerat penes donatorem cùm alia quoque & noua cauſa ſit eius acquirendi, nec prior illa domini tranſlatio pro non facta vnquam habeatur. Neque eſt quod quis dicat, idem euenire in venditione facta ſub lege commiſſoria, aut ſub pacto addictionis in diem, vt venditionis legem exercere venditor poſſit ſi velit, non etiam cogatur inuitus, *dict. l. 3. De leg. commiſſ.* Non enim ob incertam illam venditoris voluntatem, vtrum reſolutam venditionem velit, néche, in ſuſpenſo manet reſolutio venditionis: ſed cùm ipſo iure & ſola pacti poteſtate reſoluatur, in venditoris tamen poteſtate eſt, ſi velit non vti ne reſoluantur, quod fit ipſo iure, ſed vt pro non reſoluta habeatur, ne cõuentionem quam ſui ſolius fauore, non etiam pro emptore adhibuit, inuitus exercere compellatur. Sunt autem iſta longè differentia, non ſolùm an quis dicat reſolui contractom an reſcindi, ſed etiam † vtrum reſolutio ipſa fiat ſub 8
ea conditione, ſi volet is cuius intereſt reſolui, an ſub ea potiùs *niſi nolet.* Illa namque conditio *ſi volet*, ſuſpendit reſolutionem in id vſque tempus quo declarata ſit voluntas, & prorſus conditionalem facit reſolutionem: Illa verò, *niſi nolet* non ſuſpendit reſolutionem, ſed ipſam potiùs reſolutionem, vt ita dixerim, reſolutionem, *argum. l. 1. D. de in diem addict.* Itaque optimum † pro donatione conſilium eſt, vt ſibi non ſolùm aduerſus alienatio- 9

nes aut oppignorationes quæ à donatario fieri medio tempore poſſent, ſed etiam contra dubij iuris euentum proſpiciat, eam expreſſim conuentionem in donatione adiicere, vt ſiue ingratus erit donatarius, ſiue pactis conuentis ſatiſfacere nolet, donatio ipſo iure reſoluatur, & quod effectu proſus idem eſt, pro non facta habeatur: ſic enim aſſequetur vt dubitatio nulla ſuperſſe poſſit, quin reſoluta quandocunque donatione pignus quoque quod à donatario interim conſtitutum fuerit euaneſcat ex *regul dict. l. vectigali.* imò & alienatio ſi quam interim donatarius fecerit. Neque enim ad hunc caſum pertinet lex Conſtantini, ſed ad illum duntaxat, quo abſolutè facta ſit donatio, nulloque de eius reſolutione pacto ſubſecuto: ſicut à nobis traditum eſt cùm de pacto retrouendendi tractaremus, longè conſultius facturum venditorem qui rem à ſe venditam recuperare liberam aliquando velit, ſi paciſcatur, vt quotieſcunque pretium à ſe reſtitutum erit, res ſit inempta, vt in ſpecie, *l. ſi à te 7.C.de pact. inter empt. & vendit.* quàm ſi vt vulgò fit, pactione ſolaque perſonali obligatione emptorem obſtringat ad retrouendendum. Facere verò non poſſum quin cum Pinello mirer ingenium Ca-
10 roli Molinæi, † qui cùm in ea ſit opinione, *§.22.in Conſuetud.Pariſ. num.45.* vt reſciſſa propter immodicam læſionem venditione euaneſcere ius pignoris ab emptore interim conſtituti, aliud tamen iuris eſſe exiſtimat in donatione propter ingratitudinem reuocata. Nam ſi ex eo motus eſt quòd hoc caſu lex Conſtantini confirmet alienationes quas donatarius medio tempore fecerit, illud etiam animaduertere debuit, quod ſanè non ignorauit. In alia quoque ſpecie cùm venditio ex cauſa immodicæ læſionis reſcinditur, ſi res ab emptore in alium tranſlata & alienata reperiatur, nihilomagis rem ipſam auocari poſſe, nec nouæ legis beneficium aut in integrum reſtitutionem dari contra tertium poſſeſſorem qui non contraxerit. Proinde non debere minùs iuris habere creditorem, cui res illa obligata eſt, quàm habiturus eſſet emptor, ſi eandem rem comparaſſet. Ac ſanè vtroque caſu æquè abſurdum eſt, ſi dicamus non licere emptori aut donatario rem obligare quam ſi volet etiam alienare poſſit. Præſertim cùm donatori imputandum ſit cur donauerit, ſicut & venditori cur vendiderit, non etiam creditori cur à donatario aut emptore pignus acceperit, quem eo tempore dominum ſciuit.

ERROR QVINTVS.

De ſeruitute per emptorem acquiſita fundo quem emerat ſub pacto de retrouendendo.

SVMMARIA.

1 *An per retrouenditionem reſoluatur ſeruitus prædio ab emptore acquiſita.*

2 *Sententia pragmaticorum.*

3 *Probatur pragmaticorũ placitum in eo quòd ius ſeruitutis per retrouenditionem reſolui negant.*

4 *Emptori qui ſeruitutem acquiſijt non tantùm indemnitatem, ſed etiam ſeruitutis pretium præſtare teneri venditorem, contra pragmat.*

5 *Ἄλογον eſſe illud interpretum ſi venditor ſeruitutem retinere nolit, eum non eſſe ad pretij reſtitutionem condemnandum, ſed emptori licere de ea ſeruitute pro arbitrio diſponere.*

6 *Refellitur Cagnoli ſimilitudo petita à ſeruitute per vaſallum fundo acquiſita.*

7 *Summa ſententiæ autoris.*

DOCV-

DOCVIMVS in ſuperioribus quid iuris ſit cùm aliqua ſeruitus per emptorem interpoſita eſt prædio quod venditum fuerat ſub pacto de retrouendendo. Videamus iã vt inſtitutã tractationem perſequamur, quid contrà dici debeat ſi ſeruitus † eidem prædio acquiſita ſit ab emptore. Video autem interpretibus noſtris & pragmaticis magis placere, vt non † reſoluatur ius ſeruitutis, ſed perinde ſaluum ſit & vtile venditori poſt retrouenditionem, atque eſſet emptori ſi retrouenditio nulla facta fuiſſet, ita tamen vt ex ea cauſa venditor emptori præſtare indemnitatem teneatur, id eſt, pretium quod pro ſeruitutis acquiſitione emptor dederat ei reddere, nimirum ſi venditor ius illud ſeruitutis prædio ſuo acquiſitum manere velit. Nam ſi nolit, non putant cogi eum debere vt pretium ſoluat, qui nullam ex eo percipere velit vtilitatem. Planè nec dubitant quin hoc caſu poſſit emptor pro arbitrio de ipſius ſeruitutis iure diſponere, quia cùm augmentum iſtud & facto hominis acceſſerit & cum impenſa, non poteſt in eo ius vllum quæſitum eſſe venditori inuito emptore. Sic Hieronym. Cagnol. ex aliorum non minùs quàm ex ſua ſententia ad *l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit. quæſtion. 28. numer. 156.* vbi citat *§. ſi vaſſallus, in Tit. Hic finitur lex, in vſib. feudor.* in quo loco ſcriptum eſt, ſi vaſſallus in feudo aliquod ædificium fecerit, vel ipſum ſua pecunia meliorauerit, & contigerit poſteà vt vaſſallus ſine filio maſculo decedat, pati dominum debere vt ædificium auferatur, vel ſoluere pretium meliorationis. Idémque eſſe ſi pretio ſeruitutem fundo acquiſierit, licèt quidam alij dicant omnino ad dominum pertinere. Quod aiunt, non reſolui † ius ſeruitutis per emptorem acquiſitæ, laudo ego & probo. 3
Cur enim reſolueretur quod vtiliter conſtitutum & acquiſitum fuit, cùm nec ius ipſum emptoris qui ſeruitutem acquiſiit, reſoluatur? Nam ſi ius illud dominij reſolueretur, quod in eo fundo emptor habuit, vtique fatendum eſſet reſolutum etiam iri ius ſeruitutis per emptorem acquiſitæ, quia per eum reperiretur acquiſita, quia nunquam dominus fuiſſe videretur. Siquidem veriſſimum illud eſt, quod nos in ſuperioribus toties inculcauimus, reſolui venditionem nihil aliud eſſe quàm fieri rem inemptam, & in eum ſtatum deduci venditionem, vt nunquam facta exiſtimetur. Conſtat autem ſicut ſeruitus prædio imponi non poteſt, niſi per eum qui dominus ſit prædij ſeruitutem debituri, & quidem in ſolidũ. Ita vt vnus ex ſocijs fundi communis permittendo ire agere nihil agat, *l. vnus ex ſociis 34. D. de ſeruit. ruſtic. præd.* Sic nec ab alio quàm à vero domino ſeruitutem acquiri poſſe prædio dominanti. Id enim eſt quod dici ſolet alienis ædibus ſeruitutem nec imponi nec acquiri poſſe, *l. ſi cùm duas 8. D. commun. præd.* Itaque vel hinc maximè argumentum pro ſententia noſtra fortiſſimum cõtra pragmaticos ſumi poteſt, vt fateri cogantur, neque pacti de retrouendendo, neque ſecutæ retrouenditionis poteſtatem illam eſſe, vt præcedens venditio reſoluatur. Quod ſi ita eſt, illud quoque conſequens videtur, niſi me fallo, vt emptori † qui ſer- 4
uitutem illam acquiſiit, non tantùm indemnitatem, quod pragmatici admittunt, ſed ipſum ſeruitutis pretium omnimodo præſtere venditor teneatur. Quid enim ſi nullo pretio, ſed ex mera imponentis liberalitate ſeruitus illa per emptorem acquiſita ſit? Nam nec quiſquam dubitat, quin ex cauſo donationis ſicut & ex alia qualibet iuſta conuentione ſeruitus acquiri poſſit. Cur dicamus nihil ideò à venditore conſequi emptorem debere, quod ſuo

Digitized by Google

nihil dederit donatori? An non ita fiet vt liberalitas quam non niſi ad emptorem pertinere donator voluit ad venditorem protrahatur, adeóque, quod magis mirum eſt, ei ſoli ſit profutura? Hoc verò an nõ perinde abſurdum eſt, acſi pretium ab emptore ſolutum aliquod eſſet, quod ei reddere venditor nollet? Vtique ſanè *arg.l.1.§.inde Neratius ad S.C.Trebell.* Non enim videri poteſt nihil prorſus abeſſe emptori qui donationem accipiendo ſe hoc ipſo ad ἀντίδωρα obligauit, ſi non ciuiliter, ſaltem naturaliter, ne inciuilis videatur, *l.ſed etſi lege 25.§.conſuluit.*D. *de petit. hered.* Sed & cùm emptor pretio ſeruitutem acquiſiit, ſi fortè minore quàm quod iuſtum videri debeat, ex facilitate forſitan eius qui ſeruitutem vendidit, & liberalitatem ex parte in emptorem conferre voluit: Cur cogamus emptorem vt eo ipſo pretio contentus ſit quod dedit, nec quanti reuera ſeruitus illa eſt petere poſſit? An non ita fiat vt priuetur fructu & commodo ſuæ conuentionis? Aut cur eius qui ſeruitutem minimo vendidit, ſiue liberalitatem, ſiue ſtultitiam alij prodeſſe velimus, quàm illi ipſi qui cum eo contraxerit? *argum.l.3.& l.alienus 61.D.ad leg. Falcid.* Niſi fortaſſis ei velimus imputare, cur non maiore veróque pretio emerit ſeruitutem: quod ſi factum eſſet, nec venditor ipſe fundi negaret tantundem à ſe emptori reſtitui oportere. Neque ſanè video qua ratione poſſit indemnis ſeruari emptor, ſi minore ſumma contentus eſſe cogatur, quàm quæ ſufficiat ad veram iuſtámque acquiſitæ ſeruitutis æſtimationem. Pretium namque ita demum rei loco ſubſtitutum videri poteſt ſi iuſtum ſit, non etiam ſi minùs iuſto, ſatiſque iam in eo fauemus venditori retrouenditionem vrgenti, quòd cùm alioqui nemo cogi poſſit vt rem ſuam vendat, *l.nec emere 16 C.de iur. delib.* ſaltē iuſto pretio, *l.non enim 9.D de rer.amot.* emptorem tamē hîc adigimus vt ſeruitutem quam ſibi iuſtè quæſiuerat iuſto pretio vendere compellatur. Et verò quidni ſufficiat venditori ſi indemnis ſeruetur? Atqui indemnis eſt ſi modò nihil emptori præſtet ſupra iuſtum pretium ſeruitutis, licèt plus præſtet quàm emptor ſoluerit pro acquirenda ſeruitute: Alioqui certat ſanè de lucro captando, non de damno vitando qui rem viliſſimo pretio comparatam pro eodem habere velit, non pro iuſto. Neque poteſt conqueri venditor deteriorem ſuam conditionem factam eſſe per emptorem, cùm eam rem cuius retrouenditionē poſtulat, tantò pretioſiorē habiturus ſit acceſſione ſeruitutis. Planè ſi in modico pretio ea ſeruitus per emptorem acquiſita proponatur, & tam magnus exceſſus ſit, vt emptoris ſtultitiæ poſſit imputari, cur tanti emerit ſeruitutem quam prudens & diligēs paterfamilias iuſto pretio cōparare potuiſſet, non dubito quin venditori agenti parcendū ſit, vt iuſtum verúmque pretium dando liberetur, ne aliter poſito iure accidat vt alienæ ſtultitiæ pœnas luat, & in emptoris poteſtate ſit dolo malo verſari circa rem quam ſcit à ſe aliquando retrouendendam eſſe, vt venditorem ſuum grauiori oneret pretij reſtitutione, *arg.d.l.alienus, & l.non dubium 14.§.vlt.de legat.3.* Magnum tamen exceſſum requiro, quia ſi nihil ab emptore dolo malo aut per ſtultitiā factum ſit in cōparanda ſeruitute, quam nec iuſto pretio quiſquā alius à difficili venditore comparaturus fuerit, nec eius tanto pretio acquirendæ occaſionē prætermiſſurus, nunquā patiar in dāno morari emptorem cui nihil imputari poteſt, quique iure ſuo vſus proculdubio eſt, cum ſeruitutem quo potuit pretio acquiſiit ei fundo, quem licèt præuidere debuit aliquando retrouenditum iri oportere, cogitare tamen potuit nunquā ſe for-

taſſis

taſſis retrouenditurum. Quid enim ſi pretiũ reſtituere,& ita retrouenditionẽ
poſtulare venditor nunquam vellet,aut poſſet? An incertus ille futuræ retro-
uẽditionis euẽtus emptori vſq; adeò nocere debebit, vt prohibeatur quibuſ-
cunq; poſſit modis meliorẽ facere rem quã ſciat eſſe ſuã,nec vnquam fortaſſis
fore alienam? Maximè verò,cũ venditori potiùs imputandũ ſit cur in venden-
do eã rẽ de qua ſibi retrouendenda pactus eſt,non dixerit legem apertiùs,ex-
preſſa conuentione adhibita, ne liceret emptori ſe inſcio vel inuito ſeruitu-
tẽ aliquam acquirere,aut ædificia conſtruere, aut denique aliud quicquam in
ea re moliri,quod redemptionis cauſam poſſet facere difficiliorem. Nam ſi
conuentio hæc adiecta eſſet, quam nec hodie diligentes venditores præter-
mittere ſolent, dubitari non poſſet quin ſeruari eam oporteret,tametſi dam-
num inde maximum emptor ſenſurus eſſet, quia neque damnum vllum ſen-
tire videretur, quod ex culpa ſua ſentiret. Quæcunque enim lex à vendi-
tore rem ſuam alienante, dicta eſt,ea certè omnimodo ſeruãda eſt. Hinc por-
rò intelligimus, quàm multò improbabilius illud ſit, quod interpretibus
placet. Si venditor† ſeruitutem ab emptore acquiſitam retinere nolit,non eſ- 5
ſe eum condemnandum ad vllius pretij reſtitutionem,ſed hactenus tantùm
emptori ſuccurrendum eſſe, vt de ea ſeruitute pro arbitrio poſſit diſponere.
Quomodo enim diſponat aut ex ſeruitutis acquiſitione commodum vllum
retineat amiſſo prædio cui ſeruitus quæſita fuit? Conſtat namque ſeruitutem
prædialem,quia prædio non perſonæ debetur, nec ſine prædio retineri poſſe
nec in alium ſine prædio transferri. Illud igitur duntaxat miſero emptori ſu-
pereſt velut remedij loco,vt ante factam retrouenditionem,& quandiu præ-
dij dominãtis dominus eſt,ſeruitutẽ extinguat,eius ſolius cõmodo qui domi-
nus ſit fundi ſeruientis. Quid verò ſi nolit ille ſeruitutem redimere non ha-
bens fortè pecuniã in numerato? Aut quid ſi nõ niſi viliſſimum pretiũ offe-
rat ei quem videt,nec alij poſſe ſeruitutem vendere quàm ſibi, nec rurſum
poſſe non vendere,vti ne prorſus acquiſitæ ſeruitutis emolumento defrau-
detur? Solent enim emptores eo vilius offerre pretium quo maiore venden-
di neceſſitate obſtrictum vident venditorem. An non verò iniuria fiat em-
ptori,qui & in re ſua & bona fide verſatus eſt,ſi non indemnis omnimodo
ſeruetur? Aut cur venditorem ex emptoris pecunia, & cùm emptoris iniu-
ria locupletari patiamur? Neque† ſimile eſt quod obiicit Cagnolus poſt alios 6
de ſeruitute per vaſſallum feudo acquiſita. Feudi enim natura & conditio il-
la eſt vt quibus caſibus ad dominum ex conceſſionis lege ab initio dicta re-
uertitur, feudi conceſſio reſoluatur, perindéque ſint omnia acſi feudi con-
ceſſio nulla vnquam facta fuiſſet. Quæ res facit vt domini directi conditio
durior fieri nullomodo potuerit per vaſſallum,ſicut nec per emphyteutam,
ideóque & in quæſtione illa, an re feudali aut emphyteuticaria ad domi-
num redeunte reſoluantur obligationes omnes quæ à vaſallo vel emphy-
teuta fuerant conſtitutæ in ipſius rei onus & incommodum, diſtingui ſolet
an res ad dominum redeat ex lege & natura feudi, an ex nouo iure, vt
priore caſu redeat ſine onere, Poſteriore caſu non item, de quo foraſſe la-
tiùs ſuo loco tractandum erit. Neque tamen ſimiliter poſſis dicere quod
nos in propoſita quæſtione ſuprà diximus, non ergo poſſe domino etiam
volenti acquiri ſeruitutem quam vaſſallus emerit, quaſi ab eo emptam qui
nunquam dominus fuiſſe intelligatur. Plus enim iuris habet is qui feudum
dedit,etiam priuſquàm feudum ad eum redierit, quàm habeat ille qui rem

vendidit ſub pacto de retrouendendo, quia nihilominus interim dominus directus manet, ac conſequenter iam inde à quo inſtanti ſeruitus acquiſita eſt, profuit ei acquiſitio ſeruitutis, quam ideo abſurdum eſſet tunc intercidere cum pluris iuris in ea re habere inciperet, facta dominij vtilis cum directo conſolidatione. Itaque † concludendum eſt quod nos volumus, ſicut
7 ſeruitus ab emptore impoſita non reſoluitur per ſecutam retrouenditionem quia eo tempore emptor dominus fuit, fuiſſéque ſemper intelligatur, licèt indemnem eo nomine venditorem ſeruare debeat, ſic è contrario ſeruitutem ab emptore acquiſitam ita ſaluam manere vel inuito venditore vt tamen indemnem à venditore emptorem ſeruari prorſus neceſſe ſit.

ERROR SEXTVS.

De vitio litigioſi ob motam litem ex pacto de retrouendendo.

SVMMARIA.

1. *An vitium litigioſi contrahatur ob motam litem ex pacto de retrouendendo.*
2. *Sententia pragmaticorum affirmans.*
3. *Contraria autoris ſententia: & ſeqq.*
4. *Quæ lis ſiue quæſtio litigioſam rem faciat.*
5. *Ratio pro pragmaticorum errore, & eius refutatio.*

1 SI ob pactum † de retrouendendo in venditione appoſitum agat venditor aduerſus emptorem, ſiue actione ex vendito, ſiue præſcriptis verbis (vtraque enim competit, vt diximus in ſuperioribus ex *l.2.C. de pact. inter empt. & vendit.*) quæri ſolet an ex ea cauſa vitium litigioſi contrahatur. Id enim ſciri ſanè quàm maximè intereſt, vt ſciatur an poſſit res alienari néc ne. Certi ſiquidem iuris eſt, litigioſi vitium facere vt inalienabilis res ſit quæ alioquin alienari poſ-
2 ſet. *l. 1. & vlt. & tot. tit. C. de litig.* Putant autem † pragmatici rem fieri litigioſam ex eo ſolùm quòd inter venditorem & emptorem lis pendeat de pacto retrouendendi, ſiue de varietate, ſiue de validitate & poteſtate pacti controuertatur. Nimirum, quia huius pacti vim illam eſſe volunt, vt ex eo præciſè obligetur emptor ad rem retrouendendam, tradendámque, & vt non tantùm perſonalis actio venditori competat aduerſus emptorem, ſed etiam vindicatio vtilis contra quemlibet poſſeſſorem, ex ſententia illa & traditione Pauli Caſtr. ad *l ſi cùm venderet 13. D. de pign. act.* quam nos
3 iam toties refutauimus. Ego † contrà nihil abſurdius dici poſſe exiſtimo. Li-
4 tigioſam † enim rem facit non quælibet incidens de ea lis & quæſtio, ſed illa demum quæ ſit de cauſa dominij & proprietatis, *dict. l. 1. iunct. Authent. litigioſa. C. de litigioſ.* Vnde illud eſt quod & pragmatici ipſi fatentur, litem quæ ſuper hypothecaria tantùm actione moueatur, non facere vt res idcirco litigioſa videri debeat, quæ dicitur ſolùm obligata. Atqui ex pacto de retrouendendo, nemo vnquam dixit transferri dominium ipſo iure ab emptore in venditorem, aut impediri tranſlationem dominij, ne fieri poſſit à venditore primo in emptorem, ſed naſcitur ex eo perſonalis tantùm actio, aut venditi, aut præſcriptis verbis, cuius poteſtate intendit venditor ſe ex noua venditione nouaque traditione dominum rur-
ſus

ſus fieri oportere, quod & pluribus à nobis ſupra comprobatum eſt.
Non ergo præſentis, ſed futuri dominij cauſam reſpicit lis eo nomine in-
ſtituta per venditorem. Proinde nec videri poteſt rem facere litigio-
ſam. Fit quidem ipſa actio litigioſa, ob idque nec alienari poteſt, ex *l.2.*
eod. tit. C. de litig: Sed aliud eſt rem fieri litigioſam, aliud actionem;
ſicut & aliud eſt actionem ipſam, aliud verò rem alienari non poſſe, cu-
ius nomine actio exercetur. Actio enim ad venditorem pertinet qui i-
pſe litigioſam eam fecit, lite inſtituta. Rès verò ipſa pertinet ad empto-
rem & quidem pleno iure, cui non poteſt imputari cur eam non ven-
diderit ante motam litem quandoquidem in eius poteſtate non eſt, ne
quandoque inſtitutam à venditore litem ſuſcipere compellatur. Satíſque
illi eſt quod ſciat fieri nullo caſu poſſe, vt de proprietate controuerſiam
patiatur à ſuo venditore quem de euictione habet obligatum ex *reg. l.*
vindicantem,17. D. de euict. Poſſit tamē quis fortaſſe pragmaticorum† noſtro- 5
rum errorem ex eo defendere, quod ſtatuti noſtri autoritate factum eſt, ne
res vendita ſub pacto de retrouendendo alienari vllomodo poſſit ab empto-
re, quandiu venditoris ius ſaluum manet, vt ad retrouendēdum agere poſſit.
Inde namque proculdubio fit vt qui litem de huiuſmodi pacto inſtituit, hoc
ipſum in iudicium deducere videatur an alienari res poſſit, nécne. Nam ſi ex
iudicij euētu apparebit ſic factam venditionem fuiſſe vt retrouēdere emptor
cogeretur, illud etiam conſtabit, vendi ab emptore rem illā non potuiſſe. Sed
tamen non eo magis rē litigioſam fieri arbitror. Statuti enim poteſtas, & au-
toritas nulla eſt ad faciendam rem inalienabilem, niſi cùm pactum de retro-
uendendo ritè rectéque interpoſitum proponitur, nec quicquam eſt quod
poteſtatē eius impedire poſſit. Nos verò de illo tantùm quærimus, an ob ſo-
lam litem de huiuſmodi pacto inſtitutam, vitium litigioſi contrahatur quod
ſanè longè diuerſum eſt. Nam ſi contraheretur, ſufficeret litem de eo inſti-
tutam eſſe, quantumuis per calumniam & nullo iure quemadmodum euenit
cū inter actorem & poſſeſſorem de dominio diſputatur. Siue enim dominus
reuera ſit is qui agit, ſiue non ſit, ſufficit ad rem vitio litigioſi labefactādam,
quod de dominio tractetur. Finge nullum pactum de retrouendendo re vera
interueniſſe, aut ita interueniſſe vt ab initio fuerit ineſſicax ad agendum,
puta quoniam nudum fuit & ex interuallo appoſitum; nec vlla ſtipulatione
vallatum, aut elapſa eſſe tempora quæ petendæ retrouenditioni fuerant pacto
præſtituta. Quærimus an his caſibus & aliis ſi qui ſunt ſimiles ob ſolam litem
de retrouendendo inſtitutam, inalienabilis res fiat, de qua retrouēdenda cō-
tenditur. Alioqui, ſi ponas pactum de retrouendendo iuſtum & legitimum
interceſſiſſe nec quicquam obſtare quominùs ex eo ritè agatur fruſtra quæras
an vitium litigioſi faciat rem inalienabilem, quæ licèt nulla dum lis pende-
ret, iam inalienabilis eſſet per ſtatutum. Cæterùm non eò vſque ſtatuti auto-
ritas porrigi poteſt vt hoc ſolo fiat inalieienabilis, quòd an alienabilis ſit diſ-
putetur. Nec rurſum litigioſi vitium commune quicquam habet cū eo quod
alienabile quid dicitur vel negatur. Nam ſi expreſſa quoque conuentione
inter emptorem & venditorem id actum proponeretur, ne rem illam alij
quàm venditori reuendere & alienare vnquam emptor poſſet, conſtituta
in eam rem expreſſim hypotheca, fieret quidem res inalienabilis ſecun-
dùm eam interpretum ſententiam, quam nos tamen ſuo loco refellemus.
Sed non idcirco fieret litigioſa, quia non ad dominij, ſed ad venditionis ex-

torquendæ cauſam lis illa pertineret: eſſétque actio merè in perſonam non in rem, niſi foré hypothecaria, quæ,vt diximus, nunquam facit rem litigioſam.

ERROR SEPTIMVS.

Si pactum de retrouendendo adhibitum ſi ex interuallo, ſiue nudum, ſiue adiuncta ſtipulatione.

SVMMARIA.

1 Quibus modis pactum de retrouendendo adhiberi poſſit.

2 Cum pactum adhibetur in ipſo venditionis contractu, aut in continenti poſt contractum, illud eſt vtile & efficax ad agendum: & cur. nu.6.

3 Differentia inter contractus bonæ fidei & ſtricti iuris ratione pactorum quæ ipſis in continenti adijciuntur.

4 Ex pacto de retrouendendo aut in ipſo contractu aut in continenti poſt contractum adhibito oritur duplex actio. 1. vendit. 2. præſcriptis verbis.

5 Actiones præſcriptis verbis ſunt ſtrictæ, & cur.

7 Cum ex interuallo conuenit de retrouendendo, an poſſit ex eo pacto venditor agere aduerſus emptorem, & retrouenditionem poſtulare.

8 Ex ſententia pragmaticorum agi poteſt ad obſeruandum pacto officio iudicis implorato, aut adito Principe.

9 Sententiæ relatæ confutatio.

10 Si pactum de retrouendendo adhibeatur ex interuallo ſtipulatione interueniente venditoris actio ex ſtipulatu competit.

11 Quatenus vtilius ſit venditori pactum de retrouendendo ex interuallo adhibitũ adiecta ſtipulatione, quàm appoſitum in continenti: & nu.13.

12 Ridiculum eſſe quod fieri aſſolet vt venditio pura conſcribatur, mox ſeparato inſtrumẽto pactum ſubijciatur.

SOLET † in venditionibus pactum de retrouendendo aliter atque a-
1 liter adhiberi, vno modo ita vt in ipſo venditionis contractu fiat, aut incontinenti poſt contractum: quod nõ ſolùm effectu, ſed etiam iuris intellectu idem eſt, quia quæ incontinenti fiunt, ineſſe dicuntur, *l. iuris gentiũ 7. §. quinimò. D. de pact. l. lecta. 41. D. de reb. credit.* Alterò modo, ſeparatim à cõtractu, ſed hoc rurſus dupliciter, vel ita vt pactũ ſit omnino nudũ, vel ita vt ſubiecta ſtipulatione ſit vallatũ. Primo modo dubitari nõ poteſt quin
2 pactũ † vtile & efficax ad agẽdũ, actione ſcilicet ex vẽdito quæ ex ipſo vẽditionis contractu competit ad id quoque porrigenda quod pacto comprehenſum eſt; quia venditioni cum pacto commune illud eſt vt conſenſu perficiatur; quamuis poſſit etiam pactum producere actonem propriam, quæ in factum aut præſcriptis verbis appellatur; *l. 2. C. de pact. inter emptor. & vendit. l. ſi vir. 12. D. de præſcript. verb.* quam produceret etiamſi ad ſtricti iuris cõtractum aliquem adhibitum proponeretur, vt in *l. cùm mota. 6. C. de tranſact.* Neque enim contractuũ bonę fidei & ſtricti iuris differentia hac parte in eo eſt, vt plerique putant, quòd pacta incontinenti poſt contractum ſtricti iuris adhibita non poſſint ineſſe ex parte actoris; hoc eſt ita vt pariant actionem,
3 ſed in eo potiùs, quòd contractibus † bonæ fidei ſic inſunt vt actionem ex ipſo contractu forment, id facilè ferente & admittente natura actionis quæ bonæ fidei eſt, in ſtrictis verò inſunt quidem, ſed non formãt actionem, quæ quoniam ſtricta eſt extendi ad pactum nullomodo poteſt, niſi cùm ſtipulationis contractus eſt, vt in ſpecie *d. l. lecta*, quoniam pactum à ſtipulatione nonniſi paciſcendi aut ſtipulandi animo differt, vt docuimus in Errorem ſecundum

tundum Decadis primæ ex *d.l.iuris gentium.§.quod ferè.D. de pact.l.1.§. cum*
qui.D.de conſtit.pecun. Itaque quoties pactum † de retrouendendo aut in ipſo 4
contractu, aut incontinenti poſt contractum adhibetur, duplex ſtatim naſci-
tur actio, vna ex ipſo contractu quæ non poteſt non eſſe bonæ fidei, cùm ſit
actio venditi, altera ſtricti iuris, quæ perinde competit acſi contractus ſtri-
ctus eſſet, ne alioqui eueniat vt minoris poteſtatis eſſe videatur, ob id ſolùm
quòd bonæ fidei cõtractus præceſſerit. Omnes enim actiones, † quas præſcri- 5
ptis verbis appellamus, ſemper ſtrictæ ſunt, nulla vſquam bonæ fidei; quia ex
ſola verborum conceptione magis quàm ex negotij natura æſtimantur. Id-
eò autem pactum † in contractu ipſo aut poſt contractum incontinẽti appo- 6
ſitum vtile eſt ad agendum, quia contractui cauſam dedine creditur, & pro-
babile eſt, cum qui certa lege contraxit, non aliter fuiſſe contracturum: Maxi-
mè verò ſi in alicuius rei traditione & alienatione adiectum proponatur.
Eſt enim generale & perpetuum vt in rerum traditionibus initas pactiones,
ſi neque contra leges, neque contra bonos mores ſint, omnimodo ſeruari o-
porteat *l.in traditionibus* 48.*D.de pact.* neque hæc diſtinctionis noſtræ pars
vllam admittit dubitationem. At cùm ex interuallo † poſt factam venditio- 7
nem cõuenit de retrouendendo, quæ poſterior diſtinctionis pars eſt, dubitari
ſolet an ex eiuſmodi pacto poſſit vẽditor agere aduerſus emptorem, & retro-
uenditionem poſtulare. Quamquã autem non eſt ex interpretibus aut prag-
maticis tam imperitus quiſquam, qui neſciat ex pacto nudo agi nunquam
poſſe, ſed tantum exceptione & æquitate pacti iuuandum eſſe eum qui con-
tra pacti fidem conueniatur *d.l.iuris gentium.§.igitur nuda.de pact.* Sic tamen
vulgò creditum † eſt, agi adhuc poſſe ad obſeruantiã pacti, non aliqua ex con- 8
tractu aut ex pacto actione, ſed officio iudicis implorato, aut adito Principe
qui omne id quod conuenit obſeruari præcipiat. Vt concludit Hieroñ.
Cagnol. ad *d.l.2.C.de pact.int.empt.& vendit.* poſt Socinũ ad *l.legẽ.C.de pact.*
& Iaſ. in *§.ſed cùm nulla.d.l.iuris gentium.* Modern. in *rubric. De verb. obligat.*
Quod mihi videtur † non ſolùm à iuris ratione, ſed à publica etiam vtilitate 9
abhorrere. Nihil enim dici aut conſtitui poſſit iniquius, quàm vt ad ea quæ
quis nudo pacto promiſerit præſtanda ſiue actionis iure, ſiue officio iudicis,
ſiue Principis imperio compellatur. Quis enim ita poſito iure litium finis
futurus eſſet? Aut quónam obſecro iuris loco ſcriptum eſt, implorari in hanc
rem officium iudicis, aut Principis iuſſa requiri oportere? Niſi fortè illorum
errorem ſequi volumus, qui putant iure pontificio etiam ex nudo pacto agi
poſſe, *arg.cap.1.Extr.de pact.* quod tamen quàm abſurdè ab ipſis dicatur, iam
alio loco ſcripſimus pluribus, támque apertum eſt vt in eo nunc immorari
nil ſit neceſſe. Sed neque ſecundùm hanc ſententiam aut de officio iudicis,
aut de Principis imperio tractari oporteret, quia ſufficeret competere poſſe
actionem quam iſti ex pacto dari volunt. Proinde qui de iudicis officio im-
plorando, aut de Principis iuſſu extorquendo hîc diſputant, fatentur hoc
ipſo nullam ex pacto nudo actionem naſci poſſe. Qua ceſſante quid supereſt
niſi vt inutile pactum ſit ad producendam actionem? Conſtat ſiquidem obli-
gationes omnes quæ ab initio inutiles ſunt & inefficaces, neque officio iudi-
cis neque Principis imperio, nec qua denique alia actione confirmari poſ-
ſe, vt ad agendum proſint, *l.obligationes* 27.*D.de obligat. & action.* Perrarum
tamen eſt vt tale pactum ex interuallo adhibeatur citra vinculum ſtipulatio-
nis, quæ & in eum præcipuè finem iure ciuili comparata eſt, vt pacto veſtiat
& con-

& confirmet, quoties putat quis ſua intereſſe vt actionem habeat de eo quod in pactionem deductum fuit, *l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri. De verb. obligat.* Stipu-
10 latione† verò interueniente, quæ ſecũda ſupradictæ ſubdiſtinctionis pars eſt, nemo quidem dubitat quin venditori actio danda ſit, adeóque ſi poſt ſtipulationem de alia re interpoſitam idipſum conuenerit pacto nudo, incontinenti tamen appoſito. Actio, inquam, non præſcriptis verbis, ſed vtroque caſu, vt ego quidem arbitror, ex ſtipulatu, quia cùm ſtipulationi pacta inſint quæ incontinenti fiunt, vt ſuprà diximus, ipſáque ſtipulatio nihil niſi verborum obligatio ſit, fruſtrà præſcriptis verbis actionem inducamus, cùm ex ipſa verborum conceptione & obligatione alia competit actio, quæ ex ſtipulatu appellatur. Semper enim actio præſcriptis verbis quæ & in factum dicitur ſiue ciuilis illa ſit, ſiue prætoria, ſubſidiaria eſt, nec vnquam inducitur niſi deficiente iure & nomine alterius actionis, *l. 1. 2. 3. & paſſ. D. de praſcript. verb.* quãuis in bonę fidei contractibus, qui pleniorem, &, vt ita dixerim, largiorem naturam habent, facilius ſit vt actio præſcriptis verbis quæ ex pacto incontinenti adiecto naſceretur etiamſi contractus ſtrictus eſſet, concurrat cum alia actione ex ipſo contractu competente ne alioqui noceat paciſcenti quòd bonæ fidei contractum inierit potiùs quàm ſtrictum, vt in *d. l. 2. C. de pact.*
11 *int. empt. & vendit.* Illud ſanè interpretibus† noſtris & pragmaticis vulgò magis probatur pactum de retrouendendo ſi ex interuallo adhibitum ſit adiecta ſtipulatione vtilius eſſe & commodius venditori, quàm ſi appoſitum eſſet incontinenti, hactenus nimirum vt venditionis contractus minùs ſuſpectus ſit, nec tam facilè ſimulationis præſumptio capiatur, vt non tam venditio quàm pignus reuera ſub emptionis nomine contractum exiſtimetur. Sic enim Cagnolus ſupradicto loco poſt Alex. *conſ. 19. col. fin. vol. 4.* In eóque cum pragmaticis & interpretibus ſentio, niſi fortè conſilio fraudis comminiſcendæ ab initio cõuenerit vt ex interuallo pactum illud adhiberetur, quò faciliùs ea fraus occultaretur quam legitimis vſuris facere emptor vellet. Quid enim intereſt an pactum hoc incontinenti adiiciatur, an verò ex interuallo quidem, ſed ita tamen vt ab initio conuenerit de eo quandoque adiiciendo? Imò verò tantò videri odioſior debet emptor, quantò fuit ad frau-
12 dem comminiſcendam ſubtilior. Planè, quod fieri† hodie aſſolet, vt venditio pura conſcribatur, mox ſeparato contractu & inſtrumento pactum de retrouendendo coram eodem notario iiſdémque teſtibus ſubiiciatur, ridiculum eſt, & iudicio meo longè magis ſuſpectum quàm ſi eodem inſtrumento & venditio & retrouendendi promiſſio contineretur. Neque enim negari poteſt ſimulationem hîc aliquam ſubeſſe & quidem euidentem, cùm id agatur vt venditio purè, id eſt non tantùm ſine conditione, ſed etiam ſine retrouendendi onere contracta, videatur, quæ tamen retrouendendi onus re vera & ab initio adnexum habuit. Etſi autem non ad pignoris contracti cauſam ea ſimulatio pertinet, facilius tamen eſt, vt in contractu, qui iam aliqua ex parte ſimulatus reperitur, alia quælibet ſimulationis maioris præſumptio inducatur, quàm ſi nullo prorſus ſimulationis vitio laboraret. Nam quæ ratio emptores, vt ita faciant, mouere ſolet, nempe vt elapſo tempore quod ad retrouenditionem faciendam præſtitutum fuit, quomodo præſtitui moris eſt, habeat emptor penes ſe inſtrumentum venditionis nullo retrouendendi onere affectæ, nullius certè momenti nulliúſque effectus eſt: cùm æquè ſecurus ſit emptor qui emit ſub pacto de retrouendendo poſt e-

lapſa

Digitized by Google

lapſa petendæ retrouenditionis tempora, atque ſi nunquam ſe ad retrouendendum obligaſſet, vt ex iis quæ viceſimaquinta Decade dicturi ſumus apparebit. Sed & obſeruandum eſt, † quod diximus emptori conſultius eſſe pactum de retrouendendo facere ex interuallo quàm incontinenti, eò tantùm pertinere, vt ſi grandis & immodica læſio in venditione interuenerit, 13
non eo magis contractus pignoratitius & vſurarius videri debeat quàm ſi tale pactum nullum vnquam interueniſſet: Cæterùm poteſt id conſilium emptori damnoſum eſſe, quod ad hoc, vt pactum huiuſmodi pars pretij eſſe videatur. Ea namque demum pacta in venditione partem pretij faciunt, quæ in ipſa venditione appoſita ſunt, aut ſaltem incontinenti poſt initam venditionem, vt videri poſſint ineſſe, & cauſam contrahendi dediſſe aut venditori, aut emptori, qui alioquin vel nullomodo, vel maiore pretio venditurus fuerit, vel viliore empturus, vt in *l. fundi partem* 79. *D. de contr. empt. l. ſi venditor* 6. *in fin. D. de ſeru. export.* Non enim poteſt cõtractui cauſam dediſſe videri pactum de quo contrahentes ab initio non cogitarunt, quódque non niſi poſt contractum perfectum & ex interuallo adiectum fuit. Ex interuallo autem adiectum interpretor, non quod poſt triduum, vt quidam putant, aut vt alij, ſequenti die adiectum ſit, ſed quod vel eo ipſo die, dummodo poſteà quàm ad alia negotia contrahentes diuerterunt, dum ne quid per fraudem & dolo malo geſtam probetur *arg. l. heredes palàm* 21. *§. vlt. qui teſtam. facer. poſſ.*

ERROR OCTAVVS.

De eo, qui promiſit facere pactum de retrouendendo, nec fecit.

SVMMARIA.

1 *An qui promiſit facere pactum de retrouendendo nec fecit, poſſit præcisè cogi ad retrouẽdendum.*

2 *Purpurati & aliorum ſententia affirmans.*

3 *Cagnoli ſententia negans.*

4 *Quibus caſibus Purpurati opinionem locum habere putet Cagnolus.*

5 *Examen eorum quæ à Cagnolo allata ſunt.*

6 *Reijciuntur caſus illi duo quibus Purpurati ſententia obtinere vult Cagnolus.*

7 *Qui promiſit facere pactum de retrouendendo, ex ea promiſſione conueniri nequit vt retrouendat aduerſus Purpuratum.*

8 *Reijcitur illud Ioannis Andreæ, qui promiſit ſe obligare in decem, tam etſi nunquam ſe obligauerit, tamen ad ea decem ſoluenda conueniri poſſe.*

9 *Quò pertineant quæ de vitando circuitu ſcripta ſunt in l. dominus. 53. D. de cond. indeb.*

SVPERIORIBVS quæ diximus de retrouendendi pacto nudo, finitima hęc quæſtio eſt, de eo † qui promiſit facere pactum de retrouendendo, nec fecit: De quo & interpretes plerique tractant, non 1
quòd dubitent, quin promiſſio valeat quam ponunt factam eſſe per ſtipulationem (alioqui ridicula ſanè eſſet quæſtio nec vllius dubitationis) ſed vt inueſtigent, an qui ea promiſſione ſe obſtrinxit, cogi præcisè poſſit ad retrouendendum, nullo etiam pacto intercedente. Putant † autem poſſe huiuſmodi promiſſionem ſufficere ad hoc vt 2
præcisè retrouenditio peti poſſit, vt inutilis circuitus vitetur, inquit,

Purpuratus ad *l. cùm fundus. in §. ſeruum tuũ imprudens. in 1 notab.* D. *ſi cert. pet.*
vbi & ita iudicatũ fuiſſe refert, ex *l. dimiſſus teſtamento 53. D de condict. indeb.*
Etſi enim dici ſolet pacti tenorem obſeruandum eſſe *l. placet 3. C. de ſacroſ.*
eccl. ſufficere tamen videtur vt quod ad effectum ſeruetur, licèt non quod ad
verba. Nam & illud vulgò receptum eſt eum qui promiſit ſe mihi obligare
in decem, poſſe recta conueniri in decem acſi iam eſſet obligatus, quamuis
numquam ſe obligauerit, quam ſententiam primus induxit Ioann. Andr. ad
Speculat. in *tit. De obligat. & ſolut.* aliique poſteà interpretes ſecuti ſunt, in-
3 ter quos Alex. & Iaſ. in *d. §. ſeruum tuum*, itémque Boer. *quæſt. 3.* Cagnolus † ta-
men in ſecreto iuris, vt ipſe loquitur, ſupradictam Purpurati opinionem de-
fendi poſſe negat, quia, inquit, aliud eſt facere promiſſionem de retrouenden-
do, aliud retrouendere. Ex promiſſione ſiquidem de retrouendendo datur
ſolùm actio perſonalis, & competit ius ſtipulatori aut paciſcenti non in re,
ſed ad rem, quod eſt debilius, ſecùs ex retrouenditione, citátque Angelum
conſ. 189. incip. *ex forma.* & Iaſ. in l. *in bonæ fidei. col. 2. De eo quod cert. loc.* Nõ ſo-
let autem prçcedere argumentum de inutili circuitu vitando quoties ma-
gna differentia & vtilitas eſt vt vnus potiùs quàm alius actus fiat. Addit, nec
quemquam compelli præcisè ad retrouendendum, ſed liberari ſi id quod
venditoris intereſt, præſtare malit, quod & nos in ſuperioribus probauimus
4 non ſemel. Subiicit † tamen ſaluari poſſe opinionem Purpurati duobus caſi-
bus: Vno, ſi vt apud nos ſtatutum aliquod ſit quod ex pacto de retrouenden-
do actionem det in rẽ & aduerſus quemlibet poſſeſſorem, quaſi iam facta re-
trouenditione. Altero, ſi iuramentum emptoris acceſſerit per quod *ſcilicet*
obligatur ille præcisè vt retrouendere compellatur. Ita Cagnol. in *d. l. 2. C.*
5 *de pact. int. empt. & vendit. quæſt. 6. num.* 104. Parum ſubtiliter, † vt mihi quidẽ
videtur in omnibus. Prior enim illa ratio qua mouetur contra Purpuratum,
eo tantùm pertinet vt appareat aliud eſſe ſi quis retrouendat, aliud verò ſi
tantùm ſe obliget de retrouendendo. Id verò Purpuratus non negat: ſed cõ-
tendit nihil referre an quis pactum ineat de retrouendẽdo, an promittat ſo-
lùm tale pactum ſe initurum. Quã ſententiã ex eo refellere non poſſis quòd
minor ſit, & vt ille ait, debilior poteſtas huius pacti quàm illius. Conſtat
enim ſiue quis pactum fecerit de retrouendendo, ſiue dixerit ſe facturum,
ius in re nullũ naſci venditori, imò ne quidẽ ad rem, ſed tantùm in perſonã
emptoris, vt vel pacto ſatisfacere, vel ni faciat quanti ex ea cauſa venditoris
intereſt præſtare teneatur. Itaque vel ex ipſa Cagnoli reſponſione cõſequẽs
fit vt hoc caſu locus eſſe debeat regulæ de circuitu vitando, niſi fortè in ea
Cagnolus fuit ſententia vt putaret nihil intereſſe an pactum de retrouenden-
do initum ſit, an verò ipſa etiam retrouenditio fuerit ſecuta: quo tamen ab-
ſurdius dici nihil poſſet. Fruſtra enim ex pacto de retrouendendo daretur a-
ctio ad petendam retrouenditionem ſi ea iam pro facta haberetur. At neque
illud verum eſt quod Cagnolus putat, ex retrouenditione acquiri ius in re
non ad rem ſolùm. Nam ex retrouenditione ſicut & ex venditione prima
non aliud ius acquiritur emptori quàm vt agere poſſit in perſonam vẽdito-
ditoris, ſicut & ſi pactum ſolummodo de vẽdendo aut retrouendendo inter-
ueniſſet. Hac ſola differentia, quòd ex pacto de retrouẽdẽdo actio in id com-
petit vt res retrouendatur: ex ipſa verò ſiue venditione ſiue retrouenditione
6 vt res tradatur. Cæterùm ſi res neque vẽdatur, neque tradatur, idem vtriuſ-
que actionis effectus eſt vt reus in id omne quod ex ea cauſa actoris inter-
eſt, con-

Digitized by Google

eſt,condemnetur. Tanti autem certè vno caſu intereſt quāti alio, vēditionem ſcilicet aut retrouēditionem factam eſſe. Quod verò idem Cagnolus ſubiungit, † poſſe opinionem Purpurati apud nos obtinere propter ſtatuti quo vtimur autoritatem,magis ridiculum eſt. Nam,vt docuimus in *Error.*10. *Decadis præcedentis*, non illud ſtatuto factum eſt, vt retrouenditio per pactum promiſſa pro facta habeatur, aut vt vtilis vindicatio ante factam retrouenditionem competat venditori contra tertium poſſeſſorem, quæ nec competeret aduerſus primum emptorem eundémque paciſcentem: Sed illud duntaxat vt ex pacto de retrouendendo vtili & ad agendum efficaci perinde conueniri poſſit is qui à primo emptore cauſam habet, atque emptor ipſe qui pactus fuit, ergo non niſi perſonali actione. Cúmque ſtatuti verba eum diſertè caſum demonſtrent, quo pactum interceſſerit de retrouendendo, nihil ſanè cauſæ eſt cur pro eo præſertim iure indicendo, quod à iuris ratione tantopere abhorreat, ampliari debeat ſtatuti poteſtas,& ad eum quoque caſum extendi quo pactum de retrouendendo nullum initum ſit,ſed de eo tantùm ineundo conuentum. Nihil enim certius eſt, quàm quod ipſi quoque interpretes & pragmatici toties in ore habent, Statuta omnia non niſi ſtrictam recipere interpretationem, ſed ea præcipuè quæ magis alienata ſunt,&, vt loquuntur, quæ exorbitant à iure communi. Nec illud rurſum aūt verius, aut ſubtilius eſt, quod Cagnolus fatetur Purpurati ſententiæ locum eſſe, ſi emptor qui promiſit ſe pactum initurum de retrouendendo, in eam rem, quod fieri ſolet,iuſiurandum adhibuerit. Nam quod vulgò creditur,iuriſiurandi eam vim eſſe vt iurantem præciſè obliget ad dandum vel faciendum id quod dari fieríve conuenit, non alium effectum habere poteſt, quàm vt ſi non det vel faciat, periurus hoc ipſo fiat, nec ad vitandum periurium ei proſit quod præſtare malit quanti intereſt actoris, quamuis ſi iuriſiurandi religio non interueniret, ſatisfeciſſe obligationi diceretur qui quod actoris intereſſet,aut præſtitiſſet, aut obtuliſſet. Alioqui ſi periurus eſſe quis velit, non poteſt iuſiurandum efficere quominùs periurus eſſe prohibeatur, ſiue periurium hoc legibus vindicari velis,ſiue Deum ſolum vltorem relinquere,vt habet *l.1.C.de reb.credit.& iureiur.* Concludendum igitur eſt nullo caſu verum eſſe quod voluit Purpuratus, eum † qui promiſerit facere pactum 7
de retrouendēdo,ex ea promiſſione conueniri poſſe vt retrouendat. Pactum enim præcedere neceſſe eſt vt ex pacto agi poſſet. Nam nec ſufficeret fingere pactum interueniſſe quod reuera nullum interuenerit, niſi illud etiam fingeres,vtiliter interueniſſe. Quid enim ſi pactum quidem emptor feciſſet, ſed nudum,id eſt neque contractus, vt loquuntur, cohærentia, neque ſtipulatione veſtitum? An non promiſſioni ſuæ ſatisfeciſſet? Vtique,nec tamen poſſet pactum illud non eſſe nudum quod factum eſſet ex interuallo. Qui enim ſe obligat ad pactum eiuſmodi faciendum licèt ſe obliget in ipſo ſi voles contractu venditionis,non ideò tamen perinde cēſendus eſt ac ſi eo ipſo inſtanti pactum feciſſet, quia ſecuto pacto non ex promiſſione illa conueniri amplius poteſt cui iam ſatisfecerit, ſed aut nullo modo, aut ex pacto ipſo quod de retrouendendo ſubſecutum eſt, conueniri debet: Proinde non eo minùs pactum nudum videri debet, non ſecus acſi de eo ineundo nulla promiſſio præceſſiſſet. Promiſſio namque facit,vt pactum illud quandoque fieri oporteat, non etiam vtquandocunque ſecutum, iam inde ab initio & ab ipſo contractus tempore factum eſſe intelligatur. Nec ad rem pertinet, ſi

Tt

quis obiiciat, Pactum hoc quandocunque ſecutum partem pretij, facere vt tantò pluris res vęniiſſe exiſtimetur ſecundùm ea quæ diſputauimus *Decad 9. Error. vlt.* Id enim negandum eſt, & ſeparandum hac etiam in re vt in cæteris omnibus pactum ipſum à promiſſione de paciſcendo. Fateor promiſſionem illam paciſcendi de retrouendendo ſi incontinenti facta ſit non minùs precij partem facere quàm ſi pactum de retrouendendo iam tum iniretur. Verum enim eſt neque aliter venditurum fuiſſe venditorem, neque tam paruo pretio co...paraturum emptorem ſi de retrouendendi onere cogitatum nihil fuiſſet. Sed non ideò conſequens eſt vt pactum quoque de retrouendendo videri debeat pars contractus, ſi fortè poſt dies & menſes aliquot initū proponatur. Sed & finge, promiſſionem hanc de qua tractamus paciſcendi de retrouendendo non incontinenti factam eſſe, ſed aliquo poſt contractum interuallo, interpoſita tamen, vt fieri eo caſu neceſſe eſſet, ſtipulatione. Quis dicat incontinenti factam videri pactionem quæ ſecuta ſit ex promiſſione non incontinenti adhibita, ſed ex interuallo? Aut ob id magis agi poſſe ex huiuſmodi pacto nudo, quod interpoſitum fuerit in conſe... etiam vtilis promiſſionis, ex qua potuit emptor conueniri vt ita paciſceretur? Hoc verò ſi ita eſt, vt ex præcedentis ſtipulationis viribus non poſſit vires ſumere, & efficax fieri pactum quod per ſe nudum eſt, cur aliud probabimus in pacto, cui non ſtipulatio cauſam dederit, ſed pactum anterius licèt adhibitum in ipſa venditione, aut incontinenti poſt initam venditionem? At nec illud facilè probare poſſum quod ex † Ioannis Andreæ ſententia tanto interpretum conſenſu receptum video, vt qui promiſit ſe obligare in decem, tametſi nunquam ſe obligauerit tamen ad ea decem ſoluenda vtiliter conueniri poſſit. Quomodo enim fieri queat, vt priùs quis conueniatur quàm ſit obligatus? An non perpetuò verum eſt, quod & interpretes iactitant obligationem eſſe matrem actionis? ex *l. licet 43. §. ea obligatio. De procurat.* Imò verò, inquies, iam obligatus eſt qui promiſit ſe in decem obligare ſi per ſtipulationem promiſerit. At non ad decem, inquam, ſed ad hoc ſolùm vt in decem ſe obliget: quæ obligatio nullius momenti eſſet & inutilis, ſi hoc ipſo pro iam obligato haberetur, cur enim ſe magis obligaret, qui iam ſatis obligatus eſſet? Rurſum quomodo poteſt obligatio inutilis vtilem producere actionem? Nam quod affertur de circuitu† vitando ex *d. l. dominus teſtamento 53. De condict. indeb.* ad propoſitam ſpeciem accommodari non poteſt, in qua agitur non de danda actione, ſed de inducenda obligatione. Faciliùs datur actio ex iam nata obligatione, quàm obligatio inducatur, quia naſcitur actio ex obligatione ſola iuris poteſtate, quę obligatio iuris quoque eſt cùm iuris vinculum diffiniatur. At obligatio non naſcitur niſi ex facto, factum autem lex nunquam ſupplet, vt vbi non interuenit, interueniſſe videatur. In actionibus quia iuris ſunt, euenit aliquando vt earum inter ſe coniungendarum celeritate altera occultetur, quemadmodum ait *l. 3. §. penult. D. de donat. int. vir. & vxor.* In obligationibus, nunquam: quia prius eſt vt obligatio ſit quàm vt occultetur. Vt taceam quod docui *lib. 6. Coniect. iur. ciuil.* Triboniani eſſe potiùs quàm Iureconſulti, quod in *d. l. dominus*, de vitando circuitu ſcriptum eſt. Qua de re plura ideò hîc non ſcribemus.

ERROR

ERROR NONVS.

De emptore qui ad retrouendendum obligatus rem ipſam reſtituit venditori & retrotradidit, nec tamen retrouendidit, aut contrà.

SVMMARIA.

1 *An cenſeatur in venditorem tranſlatum dominium, fructúſque ad eum pertineant, cùm emptor ad retrouendendum obligatus rem reſtituit venditori & retrotradidit, nec tamen retrouendidit.*

2 *Iaſonis ſententia negans.*

3 *Purpurati & Cagnoli ſententia affirmans.*

4 *Rationes pro Iaſone.*

5 *Purpurati ſententia ab autore præfertur.*

6 *Non ſufficit venditori ad dominij ius conſequendum cum fructibus vt emptor retrouendiderit: ſi non retrotradiderit.*

HÆc quoque quæſtio † ab interpretibus noſtris tractata eſt, 1
adeò ſunt illi diligentes in caſibus ferè omnibus qui ex facto incidere poſſunt perquirendis. Vtinam in perſcrutanda aut reperienda iuris ratione eſſent adeò perſpicaces. Quæſtionis autem vtilitas † duplex potiſſimum eſt, vna ſi de rei dominio, altera ſi de fructibus quæratur. Nã cùm emptor qui ad retrouendendũ obligatus erat rem ipſam reſtituit venditori, & retrotradidit, nec tamen retrouendidit, poteſt de dominio incidere quæſtio non ſolùm inter emptorem ipſum & venditorem, quod ſanè difficilius fuerit, ſed etiã inter venditorem qui fortè poſſeſſionem amiſerit, & alium quemlibet factum poſſeſſorem, ſi rem illam à nouo poſſeſſore vendicare venditor velit. Tritum enim illud eſt, Aduerſus extraneos, id eſt qui domini non ſint, etiam vitioſam poſſeſſionem prodeſſe *l. vlt.* D. *de acquir. poſſ.* præſertim verò aduerſus vindicantes, cùm nõ alius vindicare rem poſſit, quàm qui dominum ſe probet, licèt is qui poſſidet nullo iure poſſideat *l. vlt. C. de rei vindicat.* Quæſtio igitur in eo eſt, an ex illa reſtitutione, & retrotraditione quam emptor fecerit, tranſlatum ſit dominium in venditorem, etiamſi retrouenditio nulla præceſſerit. Nã ſi trãſlatum eſt, habebit venditor ius rei à poſſeſſore quolibet vindicandæ, ſi minùs, non habebit. Idémque de fructibus iuris eſt: quia cum non ſeminis, ſed ſoli iure percipiantur, vt ait Iulianus in *l. qui ſcit 25. §. 1. D. de vſur.* dominij cauſam omnimodo ſequuntur, tanquam acceſſiones naturales, quæ idcirco & cauſæ appellatione continentur, ita vt ſi ab eo percepti ſint qui dominus fuit, non poſſint ad eum non pertinere. Habuit autem hæc quæſtio, cùm aliquando ex facto incidiſſet, diſſentientes grauiſſimos viros, & primi tùm in Italia nominis Iureconſultos Iaſonem & Purpuratum, vt Cagnolus refert ad *l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.* Iaſon † negabat perceptos à venditore fru- 2
ctus ad eum pertinere poſſe, quaſi in quem dominium tranſlatum nõ fuiſſet. Purpuratus † contra affirmabat ſatisfactum conuentioni ab emptore, qui rem à ſe emptam ſub pacto de retrouendendo venditori ſuo reſtituiſſet, & nulla etiam præcedente retrouenditione tradidiſſet. Quam ſententiam vti veriorem ſequitur Cagnolus, eámque in tribunalibus receptorem eſſe teſtatur. Pro Iaſone † illa potiſſimùm ratio vrget, quòd cùm per venditionem 3
licèt ſub retrouendendi onere initam, dominiũ rei venditæ tranſlatum fue-

rit in emptorem, adeóque vt probauimus in ſuperioribus, irreuocabiliter, & pleno iure, non aliter videatur dominium illud redire poſſe ab emptore ad venditorem, quàm ſi numquàm fuiſſet venditoris, quia licèt ſecunda nō prima venditio ſit, adeóque in conſequētiam prioris fiat, tamē noua vēditio eſt, iiſdémque ad transferendū dominiū legibus & ſollennitatibus omnino perficiēda. Atqui cōſtat ita ius eſſe, vt ex ſola traditione quamuis à vero domino facta transferri dominiū non poſſit, nec ſi dominus habuerit animum transferendi, niſi adſit etiam iuſta cauſa, hoc eſt titulus aliquis qui iure ciuili ad trāsferendum dominium habilis & iuſtus exiſtimetur, qualis eſt venditionis, Alioqui nuda dicitur eſſe traditio, ex qua proinde transferri dominium nūquam poteſt *l. nunquam nuda* 31. D. *de acquir. rer. domin.* Neque verò ſufficeret præceſſiſſe pactum de vendendo ſi ante traditionem venditio nulla ſecuta eſſet: quia non ſicut venditio, ita & pactum de vēdendo iuſta cauſa eſt transferendi dominij. Iuſtam ſiquidem cauſam appellamus quæ iure ciuili cognita ſit & probata. Ius autem ciuile pacta nuda non agnoſcit, quorum tuitio tota eſt ex iuriſdictione prætoris. Nam & inde fit quod nos non vno Coniecturarum noſtrarum loco monuimus, vt ſi heres fundum alicui tradiderit ex cauſa fideicommiſſi, non idcirco tamen dominium in fideicommiſſarium transtuliſſe dici poſſit, quia nec fideicommiſſa iure ciuili cognita ſunt, ſed pendent ex Prætoris fideicommiſſarij iuriſdictione *l. 3. D. ſi vſufr. petat.* Cur ergo ſufficiet pactum de retrouendendo, nulla ſecuta retrouenditione? Quò etiam pertinet, quòd cùm exceptio rei venditæ & traditæ emptori accommodari ſoleat, *tot. tit. de except rei. vendit. & trad.* exceptio tamen rei traditæ, quæ vendita non ſit, nulla eſt, quia non magis retinendi quàm petendi ius præbere poteſt traditio quæ cauſam non habet. Plus dico, etiamſi pecuniam quis ab alio acceperit, eique viciſſim rem aliquam tradiderit, nulla expreſſa cauſa, nullóque ineundæ venditionis tractatu præcedente, nullam tamen dominij tranſlationem fieri, ſi non alia iuſta contrahendi cauſa fuit, puta ineundi contractus innominati, do vt des, qui à venditione multùm diſtat, tum etiam cùm datur pecunia vt res accipiatur *l. vlt. D. de condict. cauſ. dat.* de cuius ſententia ſcripſimus *lib. 6. Coniect.* Tunc enim venditio contracta intelligi debet cùm pro re datur pecunia pretij nomine, & conſequenter cùm venditionis tractatus aliquis præceſſit, quandoquidem extra cauſam emptionis de precio tractari nunquam poteſt *l. 1. D. de rer. permut.* Atque ita proculdubio accipi debet quod ſcriptum eſt in *l. naturalis* 5. § .1. D. *de praeſcript. verb.* cōtractam intelligi venditionem & emptionem ſi pecunia pro re detur. Sed
5 tamen Purpurati † ſententia verior ſanè eſt, neque dubito quin potentius ſit pactum de retrouendendo ad transferendum per ſolam traditionem ſine retrouenditione dominium, quàm pactum de vendendo nulla ſecuta venditione. Illud enim ſemper obſeruandum eſt, cùm pactum de retrouendendo dicimus, de eo nos intelligere quod vel in ipſa venditione adhibitum ſit, vel incontinenti poſt perfectam venditionem, alioqui eſſet inutile & inefficax ad agendum. Porrò, cùm in ipſa rei alienatione pactum tale factum eſt de retrouendendo, negari non poteſt quin retrouenditionis tractatus præceſſerit, & quidem eiuſmodi qui cauſam dederit ineundæ venditioni, quam alioquin venditor non fuerat contracturus. Quidni ergo ſufficiens, erit cauſa illa dominij transferendi ſi retrotraditio ex placiti fide poſtmodum ſit ſecuta? Non enim pactum nudum eſt quod contractus cohærentia veſtitur,
nec

nec proinde iure ciuili incognitum, quod pars eſt eius contractus quem ius
ciuile agnoſcit & probat. Ergo neque nuda traditio eſt, quæ iuſtam hanc
cauſam habet. Quod ſi non nuda, Ergo vtilis & efficax ad dominium tranſ-
ferendum: & conſequenter nil neceſſe eſt intercedere retrouenditionem, quę
etiamſi facta eſſet, efficere tamen non poſſet vt tantò maior aut iuſtior tranſ-
ferendi dominij cauſa videri deberet. Quæ enim iuſta eſt non poteſt magis
fieri iuſta, aut quæ habilis eſt magis habilis, ſicut nec magis meum quod iam
eſt meum. Idque ita eſſe ex eo quoque apparet, quòd ſi pactũ ita conceptum
eſſet, vt reſtituto quandocunque vel intra certa tempora pretio fundus re-
ſtitueretur, nulla retrouenditionis facta mentione, dubitari non oporteret,
quin citra retrouenditionem dominium ex ſola traditione transferretur,
Cur enim retrouenditionem requireremus, quam contrahentes neceſſariam
eſſe noluiſſent? At cur non redeat dominium ea ipſa lege quæ dicta eſt à
venditore alienante? Denique ſufficit traditionem non eſſe nudam, vt ex ea
dominium transferri poſſit, vt verò nuda non ſit, ſufficit quòd cauſam ha-
beat à contractu iuſto & legitimo ſiue venditionis contractus ille ſit, ſiue
retrouenditionis: vt probatur non malè ex *d. l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.*
quæ de pacto eſt de reſtituendo, non de retrouendendo. Neque aliud vi-
deri debet ſi promiſſa ſit retrouenditio per ſtipulationem licèt adhibitam
ex interuallo: nam & ſtipulatio ſi modò iuſtam ipſa cauſam habeat, iuſta cau-
ſa eſt dominij transferendi *l. vbi autem 75. §. vlt. de verb. oblig.* Et ſanè, ſi quo
vnquam caſu locum habere poteſt, quod interpretes tractant de circuitu vi-
tando, obtinere hic debet, vt qui ex lege venditioni dicta retrouendere &
retrotradere obligatus eſt, ſola retrotraditione vtrumque explere intelliga-
tur. Fructus igitur quos ex eo tempore venditor perceperit, ad ipſum vtique
pertinebunt, quandoquidem etiamſi dominium per traditionem tranſlatum
non eſſet, fructuum tamen rationem exinde haberi oporteret, tãquam ex die
moræ *d. l. 2.* cùm is qui & retrouendere & reſtituere debuit, ſi duntaxat re-
ſtituerit, hoc ipſo in mora ſit retrouendendi, iure ita per ſuppoſitionẽ con-
ſtituto, vt nõ ſufficeret citra retrouenditionem reſtituiſſe. Itaque fructus qui
venditoris facti non eſſent ſola perceptione, fierent eius omnimodo cõſum-
ptione, quia nunquã eſſent reſtituendi: Ex iuris regula, quæ habet, dolo face-
re eum qui petat, quod illi ipſi à quo petit ſtatim eſſet reſtituturus, *l. ſi ſocer*
43. §. Lucius. D. ſolut. mat. An ergo ſimiliter dicemus, ſufficere † poſſe vẽditori 6
quòd emptor retrouendiderit ſi retrotraditio nulla ſit ſecuta? Minimè verò.
Nam traditio illa eſt, quæ dominium transfert, non cõuentio, *l. traditionibus*
20. C. de pact. Cúmque in propoſita ſpecie duplicem cauſam habeat traditio-
ne ſit nuda, vnam quæ ex ipſo contractu venditionis, alteram quæ ex retro-
uenditione pendeat, faciliùs eſt vt ad transferendum per traditionem domi-
nium alterutra ſufficiat, quàm vt vtraque concurrente, traditio ob eam cau-
ſam minùs neceſſaria videri poſſit. Totus enim effectus tranſlati dominij
traditioni accepto ferendus eſt, non cauſæ ex qua tranſlatum eſt dominium,
quam nec requirimus niſi ad traditionem confirmandam. Traditionem igi-
tur interuenire prorſus neceſſe eſt, aut quid aliud quod vice traditionis eſſe
poſſit, vt puta ſi paſſus ſit emptor vt fundi retrouenditi poſſeſſionem ven-
ditor propria autoritate acceperit, fructúſque ex eo perceperit. Cæterùm ſi
ſola retrouenditione venditor nitatur, dominiúmque vindicet, non poteſt
meo iudicio non vinci, ſiue contra emptorem ipſum agat, ſiue contra extra-

Digitized by Google

neum poſſeſſorem,ſed multò magis ſi contra extraneum. Planè ſi venditor ipſe poſſideat.& dominij quæſtionem ab emptore patiatur,quaſi non potuerit retrouenditio ſufficere ſine traditione ad dominium transferendum, non inutiliter ſe tuebitur pacti & doli exceptione cùm ex pacto nõ ſolùm retrouendere,ſed etiam retrotradere emptor debeat, dolóque malo idem emptor faciat qui ius aliquod ſibi quæſitũ velit ex eo ſolùm, quod non fecerit,quicquid ex iuſta conuentione facere eum oportuit. Potiùs enim pro facto in eius præiudicium haberi id debet, nec iuſtè poſſumus exceptionem & retentionem ei denegare,cui daremus etiam actionem.

ERROR DECIMVS.

De vſufructu ei debito qui proprietatem emptam ſub pacto de retrouendendo poſtea retrouendit.

SVMMARIA.

1 Vſufructuario proprietatem acquerente vſuſfructus per conſolidationem amittitur: etiamſi emerit ſub pacto de retrouendendo. numero 3.

2 Nullus eſt vſuſfructus cauſalis, aduerſus Interpretes.

4 Non reuiuiſcat vſuſfructus per retrouenditionem rei in qua verict emptor habebat vſumfructum.

5 Pauli Caſtrenſis & aliorum ſententia affirmans.

6 d. Sententiam malè firmari ex l. dominus. D. de vſufruct. cuius verus ſenſus explicatur.

7 In propoſita ſpecie extinctum vſumfructum ex cauſſa ſecutæ retrouenditionis non reuiuiſcere; & quatenus conſuli poſſit indemnitati emptoris.

1 CVM vſufructuarius † acquirit proprietatem eius rei in qua vſum fructũ habet, nemo dubitat quin vſuſfructus per conſolidationem amittatur, quia non magis poteſt quis vti frui re ſua eo iure quod vſumfructum conſtituat quam illud inde ci,vt domino ſua res ſeruiat, *l. vti frui* 5. D. *ſi vſufr. pet.* Nec quod vulgò fit ab interpre-
2 tibus,diſtinguẽdus eſt vſuſfructus cauſalis à formali. Cauſalis † enim quem illi appellant, id eſt qui cum proprietate coniunctus ſit, nullus omnino eſt, quandoquidẽ nec cõſtitui aut intelligi poteſt,niſi per ſeparationẽ à proprietate:& qui adnexã habet proprietatẽ,nõ vſuſfructus, ſed plena proprietas di-
3 ci debet,vt docuimus *lib.15. Coniect. cap.* 8. Inde fit,vt ſi fructuarius † emerit proprietatẽ eius rei in qua priùs habebat vſumfructũ, proculdubio vſuſfructus amittatur,licèt emerit ſub pacto de retrouendendo. Nã & *hoc caſu* perinde dominium acquiritur emptori,& quidem irreuocabiliter & pleno iure, acſi pactũ eiuſmodi nullũ interueniſſet, quẽadmodũ à nobis probatũ eſt *ca.*
4 7. *Decad. ſuperioris.* Illa igitur incurrit dubitatio,† ſi poſtmodũ ea res per emptorẽ retrouẽdatur,atq; ita ius conſolidationis quod vſumfructũ extinxerat extinguatur,an vſuſfructus reuiuiſcat,& ipſo iure reſtituatur. In qua dubitatione illud ſtatim occurrit quod reſpõdeas,ius quod ſemel extinctũ ſit poſteà reſſuſcitari & reuiuiſcere nunquã poſſe, *ex l. qui res* 98. §. *aream.* D. *de ſolut.* Sed tamen aliud vulgò probatum eſt, vſumfructum qui periiſſe videbatur, reuiuiſcere,ſtatim atq. rei venditæ dominiũ ad venditorem à quo abſceſſerat, re-
5 currit. Sic.n. Paulus † Caſtrẽſ. cõſuluit *lib.* 2. cuius ſententiã velut veram & ſine controuerſia receptam refert ſequitúrque Cagnolus ad *l.* 2. *C. de pact. inter empt. & vẽd. ex l. dominus.* D. *de vſufr.* vbi Papinianus ſcribit,Si dominus proprietatem.

Google

prietatem fructuario legauerit in teſtamẽto,quod poſt agnitum legatum per
inofficioſi querelam ruptũ proponatur,apparere ex poſtfacto nõ fuiſſe amiſ-
ſum vſumfructum qui per conſolidationẽ amiſſus videbatur. Videamus tamẽ
ne nõ ſint iſta ſimilia. Nã apud Papinianũ † ius vſusfructus nõ tã reuiuiſcere 6
poſt extinctionem,quã nullo vnquam tempore extinctũ finitúmq; eſſe intel-
ligitur: quia nec eius extinguendi ratio alia fuit quàm quòd ex teſtamento
quæſita eſſet vſufructuario proprietas iure legati,idem verò & proprietarius
& fructuarius eſſe nõ poſſet. Rupto autẽ poſteà teſtamẽto per inofficioſi que-
relam quę omnia reuocat ad cauſam inteſtati,apparet teſtamentũ nullum ſu-
pereſſe, nec proinde legatum vllum ex quo proprietas acquiri potuerit, quia
ex teſtamento tãdem rupto licèt aliquando tenuerit & valuerit,legata tamen
neque vlla debentur,neque vllo vnquã tẽpore debita fuiſſe videri poſſunt,ni-
ſi ſi qua repetita ſint à ſucceſſorib. inteſtati, *l. generaliter. 24. §. ex teſtamento.* D.
de fideic. lib. Maximè verò ſi teſtamentũ ruptum ſit per querelã. Nã cùm que-
rela eo colore proponatur,quaſi demẽs & inſanus fuerit teſtator eo tempore
quo ſuprema ordinabat *l. 2* D. *de inoff. teſt.* conſtat non poſſe à demente & in-
ſano homine aut teſtamentum fieri aut legata relinqui, *l. Papinianus 8. §. pen.
& vlt. cum l. ſeq. l. qui repudiãtis* 17. *in fi. l. cum mater* 28. D. *eo.* de quo ſcripſimus
eod. lib. 15. *Coniect. cap.* 18. Nec quod teſtamentum aliquando valuerit, ideóque
per querelam reſcindi & potuerit & debuerit, ad rẽ facit. Nã ſtatim atque te-
ſtator rupto quãdocunque teſtamẽto inteſtati exitũ facere cœpit,perinde ha-
bẽdus eſt,acſi nunquam teſtatus fuiſſet, ne alioqui euenturum illud ſit,vt pro
parte temporis teſtatus, pro parte inteſtatus videatur: quod ſanè abhorret à
vera vulgatáque iuris ratione. Etſi enim querelæ ius ſingulare eſt, vt ex poſt-
facto facere poſſit teſtatorẽ pro parte teſtatum & pro parte inteſtatum, *l. circa
18. eod. tit.* Id tamen ad partem bonorum referẽdum eſt, ſi fortè plures ſint he-
redes,quorum vnus in ea lite vicerit,alter ſuccubuerit,non autẽ ad partẽ tem-
poris,quia difficilius eſt vt pro parte temporis quàm vt pro parte bonorum
teſtatus quis ſit,& pro alia parte inteſtatus,quoniam reſciſſio quę fit per que-
relam,quatenus reſpicit tempus, tota dirigitur in id tẽpus quo factum eſt te-
ſtamentum,cum dirigatur in ipſum teſtatorẽ,vt non ſatis ſuæ mentis fuiſſe e-
xiſtimetur. Itaq; pati non poteſt vt vel minimo tẽporis momẽto teſtamẽtum
valuiſſe dici poſſit. At quatenus reſpicit bona, non afficit vniuerſitatẽ bono-
rum,quia neque in bona ipſa datur, neque cõtra lignum vt bonorũ poſſeſſio
contra tabulas,id eſt,contra teſtamẽtum,ex cuius iure pendet ipſam quoque
ius vniuerſitatis bonorum,quæ defuncti fuerunt,ſed contra heredẽ,ergo pro
ea duntaxat bonorum parte, ex qua heres ille eſt qui condemnatus fuit,aut ex
qua heres ab inteſtato eſſe poſſit is qui conqueritur, ſi forte alius ſit in eodem
& conquerẽdi iure,& ſuccedendi gradu. Rupto igitur per querelam inofficio-
ſo teſtamento,illud cõſequens eſt,vt legata nullomodo valeãt, quæ in eo re-
licta fuerunt,licèt agnita iã præſtitáq; proponantur Nec proinde mirũ eſt in
ea ſpecie quam Pap. tractat, fructuario qui proprietatem ex legato acceperat,
& per aliquod tempus retinuerat ſaluum eſſe vſumfructum, quaſi nunquam
conſolidatum,quia neque proprietas vllo vnquã tempore fructuarij fuiſſe in-
telligitur. Idq; eſt quod Pap. ait, *apparere ex poſtfacto nõ fuiſſe amiſſum vſumfru-
ctum.* Nõ ait fuiſſe amiſſum,ſed tamen amiſſa poſtmodũ proprietate reſtituẽ-
dum eſſe aut reſſuſcitandum,vt de iure pignoris ſcriptum eſt in *l. ex ſextante
§. vlt.* D. *de except. rei. iud.* Negat amiſſum fuiſſe,idque ex poſtfacto apparere

Digitized by Google

a it, quia quandiu teſtamentum per querelam ruptum & reſciſſum non eſt, videtur ſanè amiſſus, quandoquidem tamdiu teſtamentum valet, re vera tamen in ſuſpenſo eſt, ſicut & teſtamentum ipſum in pendenti eſt, non an valeat, ſed an futurũ ſit vt nunquam valuiſſe exiſtimetur, quod in eo eſt vt rumpi adhuc poſſit: quemadmodum dici ſolet de eo qui captus eſt ab hoſtibus, quãdiu in ciuitatem redire poteſt iura eius nõ tã abrupta eſſe, quàm ex poſtliminij conſtitutione ſuſpenſa intelligi debere *l. illa* 32. §. 1. D. *de her. inſtit.* licèt verum ſit interim eum eſſe in ſeruitute, *l. pen. D. de ſuis & legit.* At in ea ſpecie de qua tractamus, id eſt, cùm fundus, in quo vſusfructus alienus erat, vẽditus eſt fructuario à domino proprietatis, ſub pacto de retrouendendo, licèt in pendenti ſit an emptor retrouendi turus ſit, nécne, tamen neque emptoris ius idcirco dici poteſt eſſe in ſuſpenſo, neque ſecuta etiam retrouenditione & retrotraditione, in eum ſtatum rem deduci, vt nunquam emptoris fuiſſe videatur. Nam vt toties diximus in præcedentibus, neque pactum de retrouendendo, neque retrouenditio ipſa impedit quominus id quod hac lege venditum eſt, acquiratur emptori irreuocabiliter & pleno iure, multò minùs verò facit vt ex quo tempore res retrouendita eſt, nunquam emptoris fuiſſe intelligatur: quia retrouenditio quæ nihil niſi ſecunda venditio eſt neque reſoluit, neque reſcindit primam, ſed eam potiùs in neceſſarium antecedens ſupponit. Priorẽ enim ſubſiſtere, ſempérque ſubſtitiſſe neceſſe eſt vt poſterior habilis ſit & efficax ad dominium transferendum in venditorem. Nec quod per retrouenditionem iterum dominus ſit venditor, qui per primam venditionem eſſe deſierat, aliud quicquam poteſt inducere, niſi vt eodẽ tempore deſinat emptor dominus eſſe, qui in illum vſque diẽ fuit: non etiam vt deſinat fuiſſe, quomodo contingeret vendita re ſub lege commiſſoria, vel ſub pacto addictionis in diem. Semper igitur verũ eſt ab eo inſtanti quo fructuarius, idémque emptor factus eſt dominus proprietatis, conſolidatum fuiſſe vſumfructũ cum proprietate, eámq; conſolidationẽ ſemper manſiſſe, neque ex poſtfacto magis quàm ab initio quicquã emergere, quod effectum illum conſolidationis inanem & irritum efficere queat ad vſumfructũ emptori reſtituendum. Quod cùm ita ſit, concludendum eſt aduerſus Caſtrenſem &
7 Cagnolum, amiſſum † in propoſita ſpecie vſumfructũ & per conſolidationẽ extinctũ, ex cauſa ſecutæ retrouenditionis reſſuſcitari & reuiuiſcere nunquam poſſe, non magis quã ſi retrouẽditio illa eſſet merè volũtaria, nõ facta ex præcedentis conuentionis neceſſitate. An ergo eiuſmodi iactura emptorẽ affici patiemur, qui neceſſe habet retrouendere? Illud quidem fortaſſe quis tentare poſſet, imputare emptorem ſibi debere, non cur pactus ſit de retrouendendo, ſed cur eam rem emerit, in qua iam vſumfructum habebat, & quam ſciſit ſaluo vſufructu ſuã fieri nõ poſſe. Sed tamen cùm tantò pluris res vendita videatur, eáque vſus fructus amiſſio partem pretij efficiat, quia tantundem abeſt emptori ex cauſa emptionis, iniquum ſanè fuerit morari eum in damno, cùm neque in culpa vlla ſit, niſi fortè venditor ei vult imputare, cur tanti emerit rem quam eodem precio idem venditor ſibi retrouendi voluerit. Videtúrque hæc res expeditum habere tractatum, ſi conuenerit ſimpliciter, id eſt, nulla pretij taxatione facta vt eodem pretio fundus retrouenderetur. In pretio enim eſſe intelligetur, non ea ſolùm pecunia quæ ob venditionem numerata fuerit ab emptore, ſed quanti etiam vſusfructus eo tempore æſtimari potuit arbitrio boni viri, nec proinde aliter audiendus erit venditor petẽs retro-

retrouenditionem quam ſi cum pretio conuento offerat etiam æſtimationem vſusfructus, ſi non paratus ſit conſentire vt ex retrouendifióne vſusfructus qualis quantúſque fuerat reſtituatur,& reſtauretur. Non enim videri poteſt dolo malo facere emptor, qui retrouenditionem recuſat,ex qua damnum ſenſurus ſit iniuſtum & ſine cauſa. Itaque vel indemnitas ei præſtanda eſt,vel de ea quandocunque præſtanda caueri & ſatiſdari oportet,vt & in ſpecie *l. debitor* 59. *D. ad S.C.Trebell.* de qua ſcripſimus *lib*. 7. *Coniect. cap.* 17. Satiſque fauemus venditori in eo,quòd electionem illi damus, an vſum fructum reſtaurari an æſtimari malit. Sed ſi conuentio illa fuit vt fundus centum aureis fructuario venditus eodem pretio centum aureorum venditori retrouenderetur,cùm tam aperta & præciſa ſint conuentionis verba,vt de vſufructu, ſiue reſtaurando, ſiue æſtimando nullam admittant interpretationem,nihil aliud ſupereſt quòd pro emptore dici poſſit quominus ſui vſusfructus iacturam ſentire debeat qui ea lege non coactus, ſed ſponte acceſſit ad emptionem, licèt inuitus retrouendat. Imputare namque ſibi debet cur tanti æſtimauerit rem illam habere,quam putauit fortaſſe nunquam ſe retrouenditurum,,cùm multa incidere poſſint quæ faciant ne vlla vnquam retrouenditio ſequatur,vt putà ſi redimere venditor nolet,aut non poterit,fortaſſe non habens in numerato quantum ſatis ſit ad emptori offerendũ, aut ſi præſtituta redemptioni tempora priùs effluent quàm redimendi facultas adſit,quod iis ferè omnibus euenit,qui à redimendi iure temporis præſcriptione ſummouentur.

ANTONII FABRI IC.

DECAS VIGESIMA QVARTA.

ERROR PRIMVS.

De hypotheca rei vendita ſub pacto de retrouendendo, ex ſolo pacto inducenda.

SVMMARIA.

1 *Hypothecam rei venditæ ſub pacto de retrouendendo ex ſolo ipſo pacto induci pro venditore placet pragmaticis.*

2 *Relatam ſententiam falſam eſſe.*

3 *Pragmaticos ineptè colligere pactum de retrouendendo inducere hypothecam ex l. poſt diuiſionem. 3. D. qui potior. in pignor. hab. cuius vera ſententia declaratur.*

4 *Perperam idem adſtruere pragmaticos ex l. creditores 3. C. de pignorib.*

NECESSARIA interdum hæc quæſtio eſt,an † is qui rem emit 1
ſub pacto de retrouendendo hoc ipſo eam venditori obligare,in eáque hypothecam conſtituere intelligatur,ſi fortè emptor eam rem alienauerit,& aduerſus poſſeſſorem agere venditor malit ad rem auocandam, quàm aduerſus emptorem ad indemnitatem præſtandam. Magis autem probatum video, nec vllo ferè diſcrepare, huiuſmodi conuentionis poteſtate hypothecam induci ſiue expreſſam illam eſſe, ſiue tacitam vocare velis. Quam ſenten-

tiam Bartol. Baldúſque priores induxerunt ad *l. 3. §. poſt diuiſionem. D. qui potior in pignor. hab. & ex l. creditores. 3. C. de pign.* Nec dubitat, quin vera ſit, Andr. Tiraq. *de retract. conuent. §. 3. num. 9. gloſ. unic.* Ego econtrà, falſam ✝ eſſe contendo. Quid enim eſt in pacto de retrouendendo, ſiue conuentionis verba ſpectemus, ſiue mentem paciſcentium quod hypothecam poſſit inducere, quæ nec ex retrouenditione ipſa induceretur? Nemo ſiquidem negauerit plus eſſe ſi quis retrouendat, quàm ſi ſe obliget ad retrouendendum: nec poſſis reſpondere quod pragmaticus quidam aliquando reſpondebat, per retrouenditionem pignus non contrahi, quia dominium in venditorem eundémque nouum emptorem transfertur, eadem autem res quæ alienatur, obligata nouo domino eſſe non poſſit. Falſum enim eſt per retrouenditionem dominium transferri, quod ſanè per traditionem ſolam transfertur, vt docuimus in *Errorem 9. Decadis ſuperioris.* Itaque quandiu res retrouendita nondum eſt in dominio venditoris, nihil vetaret obligari eam pignori, vt ſi fortè poſtmodum alienaretur, poſſet venditor actione in rem propoſita ipſam auocare, ſi retrouenditio ſufficere in id poſſet, quomodo dicimus venditorem, qui totum pretium nondum accepit, ſi vrgeatur ab emptore ad rem tradendam, velut taciti pignoris iure poſſe rem quam vendidit, retinere, *l. Iulianus 13. §. offerri. D. de action. empt.* licèt quod magis eſt, non eò minùs maneat dominus, quandiu ex venditionis cauſa rem nondum tradidit, *§. vendita. Inſtit. de rer. diuiſ.* Neque ſanè dici poteſt quid aliud iuris ex huiuſmodi pacto acquiri poſſit venditori præterquàm in perſonam emptoris, vt obligatum eum habeat de retrouendendo quem alioqui non haberet. Cùmque nos de eo pacto loquamur, quod in ipſo venditionis contractu adhibetur ne ſit nudum, dominium autem ex ſola venditione non transferatur ante traditionem, apparet nec ſi emptoris voluntas illa ſit, vt per pactum pignus contrahatur, poſſe tamen pignus ab eo conſtitui in re quæ nondum ſit ſua, *l. 2. D. de pignor. act.* Neceſſe enim eſſet ad vtilem pignoris conſtitutionem, vt in id ſaltem tempus conferretur quo dominium emptori quæſitum eſſet, quod non fit per pactum de retrouendendo. Etſi enim huius pacti verba futurum tempus demonſtrant non præſens quod ad retrouendendum pertinet, futurum tamen tempus non illud eſt quo dominium erit quæſitum emptori, ſed quo venditio perfecta erit, quæ porrò perficitur etiam priùs quàm dominij tranſlatio inducatur per ſubſecutam traditionem. Itaque ſi poneres eum qui ſub hoc pacto emiſſet, ſtatim poſt perfectam emptionem & ante traditionem retrouendidiſſe, dubitari non oporteret, quin pacto abundè ſatisfeciſſet, tametſi dominus rei venditæ nunquam fuiſſet, nec vllum proinde dominium in venditorem ſuum tranſtuliſſet. Quid enim aliud ab eo exigamus, niſi vt quicquid iuris ex emptione nactus eſt, venditori ſuo retrouendat? Aut cur requiramus, vt transferat dominium quod nondum habet, aut vt priùs nanciſcatur dominium quod in eum ipſum venditorem mox ſit tranſlaturus? Præſertim cùm nihil prohibeat alienam quoque rem vendi poſſe, *l. rem alienam 28. D. de contr. empt.* Sitque extra naturam venditionis vt dominium rei venditæ transferatur in emptorem, niſi quòd id fit per conſequentias cùm venditor dominus fuit. Quis verò dixerit hoc ſaltem caſu quo emptor nunquam fuerit dominus rei emptæ ſub pacto de retrouendendo, fuiſſe rem illam venditori obligatam, vt retrouendi aliquando deberet? Quòd ſi hoc caſu pignus nō contrahitur,

trahitur,an tunc potiùs contrahetur,cùm ex cauſa venditionis ſecuta erit tra-
ditio,tranſlatúmq; rei venditæ dominium in emptorem? Quis neſcit pigno-
ris obligationem & cōſtitutionem totam ex conuentione æſtimari, nō ex eo
quod poſt cōuentionem poſſit emergere:Sunt autem ſuaues mehercule pra-
gmatici,†qui vt probent pactū de retrouendendo inducere hypothecā,adſe- 3
runt Papiniani reſponſum in *d.l.3.poſt diuiſionem.* D. *qui potior. in pigno.hab.*
probántq; ex eo loco pactum de vendēdo eiuſdem eſſe poteſtatis vt pigno-
ris conuentionem & obligationem per æquipollentia verba inducat.Quod
omnino falſum eſt,& à Papiniani ſentētia & ſubtilitate prorſus alienum. Pa-
ctum enim de vendendo,de quo Papinianus eo loco tractat,nō illud eſt quo
quis promittat,ſe alteri vēditurū,ſed quo quis alteri permittat,vt ipſius per-
mittentis rem diſtrahat:quæ promiſſio quantum à promiſſione diſtet, ex eo
apparet,quod promiſſio perſonam promittētis obligat,promiſſio verò nō tā
perſonā afficit,quàm rē ipſam cuius diſtrahendæ ius creditor nāciſcitur.Quo
enim iure creditor alienā rē diſtrahere poſſet,ſi nō ius neceſſariū antecedens
pignus cōtractum intelligeretur? Nō poſſet ſanè nomē ſolum iúſq; credito-
ris in eā rē ſufficere, vt ex eo cōſtat,quod tum etiā cùm debitor iā cōdemna-
tus eſt,nō priùs tamē eius bona in iudicati executione diſtrahi poſſunt quàm
in iis ius pignoris cōſtitutum ſit per capionem iudiciali autoritate facta, *tot.*
l.à Diuo Pio 15.D. *de re iudic.*Et verò ſi pactum ſimplex de vendendo,id eſt,
quo quis promiſiſſet ſe alteri venditurū, ſufficere poſſet ad inducendam hy-
pothecam,conſequens fieret,vt inutile dici non poſſet quantumuis nudum
eſſet:quia nudum de hypotheca pactum ſufficit ad inducendam hypotheca-
riam, propterea quod hypothecæ obligatio non principalis, ſed acceſſoria
tātùm eſt. Proinde habere creditor actionem in rem ad auocandā hypothe-
cam,qui tamen in aduerſariū ipſum cuius res eſſet,nullam prorſus ex pacto
nudo actionem habere poſſet.Sic eueniret vt eadē pactio per eadem verba &
obligationem perſonalē induceret & hypothecariā, quod tamen non magis
fieri poteſt quàm vt eadem principalis obligatio ſit,quæ acceſſoria,& contrà,
non ignoro,naturali obligationi qualis illa eſt quæ ex pacto nudo contrahi-
tur accedere poſſe hypothecam ſicut & fideiuſſorem, *l.Gracè* 8.*§.adhiberi. D.*
de fideiuſſ. quia licèt obligatio acceſſoria non poſſit eſſe plenior aut durior
quàm principalis,nihil tamē vetat,quin ſit efficacior ad agendum. Neq; illud
rurſum neſcio fieri facilè poſſe & verò vſuuenire quotidie vt eodē contextu
verborum,& principalis obligatio & hypotheca contrahatur , id eſt , eodem
contractu,& in eodem inſtrumento.Sed hoc contendo,non poſſe vtrumque
fieri iiſdem verbis,vt & principalis obligatio & hypotheca inducatur. Aliis
enim verbis opus eſt ad perſonam : aliis ad rem obligandam. Atqui cùm
quis ita paciſcitur vt promittat ſe alteri venditurum,de ſe tantùm , non de re
ipſa paciſcitur,ſuámque duntaxat perſonā afficit vt aut naturaliter tantùm o-
bligetur,ſi pactum nudum fuit,aut etiā ciuiliter, ſi vel contractus cohærentia
vel ſtipulatione veſtitum proponatur. Quis ergo admittat vt iis ipſis verbis
hypotheca inducatur? Nam neque iuris ratio , aut naturæ ordo pati poteſt,
vt contrahatur obligatio pignoris aut hypothecæ quin ſubſit iam , præce-
dátque principalis obligatio,quæ porrò fieri non poteſt vt præcedat tempo-
re,ſi iiſdem ipſis verbis quibus & hypotheca contrahatur. Nec ſanè apud
Papinianum perinde poſſis dicere obligationem principalem & hypotheca-
riam iiſdem verbis conſtitutam videri.Nā principalē obligationem liberan-

Digitized by Google

di prædij quod vnus ex fratribus pro indiuiſo obligauerat, inducebat pactum diuiſionis, mutuis traditionibus ſubſecutis confirmatum, cùm ex facto fratris rem communem pro debito proprio in ſolidum obligatis, ius alterius fratris ignorantis lædi, ipſiúſque portionem pignoris inutiliter contracti vinculo & incommodo affici non oporteret: hypothecã verò inducebat pactũ illud quo cõuenerat, vt ſi frater ille qui rem obligauerat, pignus non liberaſſet, liceret alteri partem vendere partis ex diuiſione quæſitæ. Propter quam cauſam non inſubtiliter Papinianus reſpondet creditorem priorem cui alter ex fratribus altero inſcio rem communem obligauerat, non eſſe ſecundo potiorem, quia ſecundũ pignus ad eam partem directum erat, quã ſocius ignorante ſocio non potuerat vtiliter obligare. In quo illud etiã obſeruandũ eſt non ita loqui Papinianũ vt dicat ſecundũ creditorẽ eſſe potiorem, ſed ita vt priorẽ potiorẽ eſſe neget, quia ſecundus in propoſita ſpecie non tã potior quàm ſolus inuenitur, vt in alio caſu quamuis diſſimili elegãter idẽ Papinianus reſpõdit in *l.2.D.eod.tit.qui potior in pign.hab.* Cæterùm ſi verũ illud eſt quod probauimus, ex pacto quo quis promittat ſe alteri venditurũ, hypothecã nullam naſci, æquè fatendum eſt, nec ex pacto de retrouendendo vllam naſci poſſe. Similiter enim ſe habent, vt & pragmatici ipſi fatentur. Quod verò iidem obiiciunt ex *l. creditores 3. C. de pignor.* minùs ad rem facit. Quid enim aut commune aut ſimile habet pactum de retrouendendo, cum pacto quo conuenit vt creditor ingredi poſſit propria autoritate poſſeſſionẽ bonorũ debitoris? Illud in perſonã, hoc verò in rem conceptum eſt: nec proinde mirum videri debet ex hoc pacto hypothecam induci, non etiam ex illo. Cur enim creditori licere debeat ingredi poſſeſſionem bonorum debitoris, ſi non priùs ea bona habeat obligata? Quamquam & circa illius legis ſententiam pactique de quo ibi agitur interpretationem, pragmatici & interpretes multa peccant, de quibus alio loco fuſiùs & commodius diſſeremus.

ERROR SECVNDVS.

De expreſſa obligatione rei venditæ ſub pacto de retrouendendo, ne in alium, quàm venditorem alienari poſſit.

SVMMARIA.

1 *Error Andreæ Tiraquelli.*
2 *Ius pignoris ita rem afficere nequit, vt alienationem impedire queat.*
3 *emptor qui contra conuentionem de non alienanda re (quam emit ſub pacto de retrouendendo, & venditori expreſſe oppignerauit) alteri rem vendidit, ad quid teneatur, aut condemnandus ſit.*
4 *Pactionis de non alienando quis effectus, & cui prodeſſe debeat.*
5 *Oſtenditur Tribonianiſmus in l. ſi creditor 7.§.vlt.D.de diſtract.pignor.*

1 SVAVITER Andreas † Tiraquellus in illo ipſo loco quem nos proximè citauimus, ex eo quod dixerat rem venditam ſub pacto de retrouendendo hoc ipſo intelligi obligatam, concludit, tantò magis verum eſſe quod idem ille dixerat in præcedentibus, ſi ea res alienata ſit, dandam eo nomine venditori actionem non tantùm in perſonam emptoris, ſed etiam in rem ipſam, & conſequenter aduerſus

uerſus tertiũ quemlibet poſſeſſorẽ. Quaſi verò ius † pignoris ita rem afficere 2
poſſit vt impedire debeat alienationem. Quod certè quàm falſum ſit, ex eo
conſtare poteſt, quod nos in ſuperioribus diſputauimus, eum qui promiſit
retrouendere, ſiue per ſtipulationem, ſiue per pactum in ipſa venditione ad-
hibitum, non vſque adeò præciſè obligari ad retrouendendum, quin præſta-
tione eius quod venditoris intereſt liberetur, ſi eam condemnationem ſub-
ire malit. Cùm enim ita fiat vt tota huius pacti vtilitas pecuniario commo-
do æſtimetur, non etiam vt rei alienatio prohibeatur, quid aliud adferre po-
teſt ſubiecta conuentio expreſſa pignoris, niſi vt venditori liceat rem perſe-
qui ad eam tandin retinendam quandiu obligationi retrouendendi ſatisfa-
ctum non erit? Siquidem ea pignoris cuiuſlibet natura & conditio eſt vt lui
quandocumque poſſit oblato præſtitóque omni eo quod debetur. Indéque
nimirum euenire neceſſe eſt, vt nunquam cauſa pignoris impedire poſſit alie-
nationem proprietatis, quia proprietatis acquiſitæ ius perpetuum eſt, non ſi-
cut pignoris temporale, neque rurſum ob id quòd is qui pignus conſtitue-
rat dominus eſſe deſierit, vinculum pignoris diſſoluitur quod vtiliter con-
tractum ſemel fuit. Quòd ſi ponas hoc ipſum etiam nominatim conueniſ-
ſe, ne res vendita ſub pacto de retrouendendo in alium transferri & alienari
per emptorem poſſet, eíque conuentioni ſubiunctam expreſſam eius rei hy-
pothecã, idẽ tamẽ iuris eſſe contendam, vt nõ eo magis alienatio impediatur.
An igitur † inutilis erit conuentio de non alienando, inutilis quoque cõuen- 3
tio hypothecæ? Neutra ſanè. Imò vtraq; vtilis hactenus, vt emptor qui cõtra
fidẽ cõuentionis alteri vẽdidit, condẽnandus ſit actione in perſonã propoſi-
ta quanti ex cauſa intereſt venditoris, *l.21.§.ſi tibi.D.de act.empt.* Tum ſi iudi-
cato non ſatisfaciat, detur actio hypothecaria vẽditori ad auocandã rem à ter-
tio poſſeſſore, ſi nõ hypothecam luere poſſeſſor malit. Cæterùm ſi paratus ille
ſit oblata pecunia indemnitatem præſtare venditori, nihil cauſæ eſt cur vel ab
eo res auocetur, vel alienatio impediatur, *l.ſi debitor* 12.*C.de diſtract.pignor.*
Nam etſi admitteremus eam pacti de non alienando vim eſſe ſubiuncta hy-
potheca, vt impediretur alienatio, nihil tamen ex eo inferri poſſet, niſi hoc
vnum vt in eo ſtatu res ſit in quo eſſet, ſi alienatio nulla facta fuiſſet: at-
qui nulla facta alienatione, non idcirco res retrouendenda pertineret ad
venditorem, ſed ad emptorem, quem prior venditio, ſecutáque traditio do-
minum feciſſet, quique ſuſcepta actione ex pacto ſi retrouendere numquam
vellet, non ad aliud tamen condemnari poſſet, quàm quanti venditoris in-
tereſſet. Cur ergo pactioni de non alienando ſubiecta hypotheca faciet, vt eo
minùs alienari poſſit res quæ vendita fuerat ſub pacto de retrouendendo?
Proinde otioſa videri debet quæſtio illa quam noſtri ſubnectunt, an ne-
ceſſe ſit hoc caſu interuenire ſpecialem hypothecam rei venditæ, an verò ſuf-
ficiat generalis omnium bonorum: de qua Tiraq. poſt alios quos citat *d.§.3.*
*De retract. conuent. gloſſ. vnic. num.*8. Quamquam illud multò minùs ferẽ-
dum eſt vt ſpeciali hypothecæ plus iuris hac parte tribuatur quàm generali,
vt ſcripſimus *in errorem* 4.*Decadis* 6. Fateor quidem huiuſmodi pactionis † de 4
non alienando effectum illum eſſe debere, quoties adiunctam habet hypo-
thecam vt non deteriore conditione ſit is qui per conuentionem pignoris
ſibi proſpexit, quàm ſi alienata res non eſſet, atque ita accipi oportere quod
ſcriptum eſt in *l.ſi creditor.7.§.fin.D.de diſtract. pignor.* nullam eſſe venditio-
nem vt pactioni ſtetur: ſed hoc contendo, ſiue debitor ipſe, ſiue is qui à de-
bitore comparauit, offerat creditori, non habere creditorem quod conque-

Digitized by Google

ratur, aut cur alienationem irritam eſſe velit: nec eò minus competituram emptori tanquam domino rei vindicationem, ſi forte poſſeſſionem ſuam amittat & aduerſus nouum poſſeſſorem quiſquis ille ſit agere ei ſit neceſſe, quæ tamen competere non poſſet, ſi per conuentionem de non alienando, alienatio ſimpliciter & abſolutè prohiberetur. Neque ſanè æquum eſt pactionem de non alienando alij prodeſſe quàm cui facta ſit, vt nec alia pacta inter alios facta aliis prodeſſe ſolent. Prodeſt autem quantum ſatis eſt ſi faciat vt eodem iure ſit res penes emptorem, quo erat penes debitorem, nec ob id melior ſit conditio tertij poſſeſſoris, quòd tertius poſſeſſor ſit, neque pactum ipſe fecerit, quia cùm pactio adnexam habet hypothecam non tantùm perſonam debitoris paciſcentis afficit, ſed etiam rem ipſam, & conſequenter quemlibet eius rei poſſeſſorem. Nec eſt quod quis dicat ita futurum vt inutilis ſit pactio de non alienando, cùm etiamſi nulla interpoſita eſſet, haberet tamen creditor hypothecarius actionem in rem aduerſus quemlibet poſſeſſorem, ſaluo poſſeſſori iure offerendi. Nam reſpondeo poſſe multa interuenire, quæ facerent vt creditoris actio contra poſſeſſorem durior eſſet ac difficilior quàm contra ipſum debitorem ſi pactionis huius poteſtate nō fieret vt eadem huius noui poſſeſſoris, quæ debitoris alienantis conditio in omnibus eſſe deberet. Vt puta ſi de ordinis & non factæ diſcuſſionis exceptione agatur, aut de actione quæ actori competit per temporis præſcriptionem ſummouenda. Decennio ſcilicet aut ad ſummum vicennio perimitur actio competens aduerſus tertium poſſeſſorem, quæ in perſonam paciſcentis eſſet, perpetua, & ſaltem ad trigeſimum vſque annum extenderetur, vt in ſequentibus dicemus. Sed & quamuis admitterem, Pactionis de non alienando eam vim eſſe, poſſe propter adnexam hypothecam vt impediret alienationem, non tamen ſtatim conſequens fieret eandem eſſe debere vim pacti de retrouendendo, quia nihil commune aut ſimile habet pactum hoc de retrouendendo cum pacto de non alienando, ſiue verba pacti inſpicias ſiue effectum, niſi cùm ſtatuti aut legis municipalis autoritas accedit quæ prohibeat rei venditæ ſub pacto de retrouendendo alienationem. Denique nec illud nouum aut mirum eſt, non valere pactionem per quam quis præreptam ſibi velit, rei ſuæ alio inuito alienandæ facultatem *l. penult.* D. *de pact.* Nimirum niſi quatenus intereſt illius, cum quo pactum initum fuit, quomodo certè intereſt eius qui acquiſiuit ſibi ius pignoris in re aliena, ad eam vſque quantitatem quæ debetur, & pro qua pignus vendi poteſt. Quanquam, vt dicam
5 liberè quod ſentio de† ſententia *d. §. vlt. l. ſi creditor* 7. *De diſtract. pignor.* mihi ſemper locus ille ſuſpectus viſus eſt, & Triboniano dignior quàm Iureconſulto. Eſt enim prorſus odioſa, & ridicula quæſtio an valeat pactio inter debitorem & creditorem hypothecarium facta ne liceat debitori vendere hypothecam, ſicut nec vllius effectus ea pactio eſt. Quid enim creditoris intereſſe poteſt an valeat venditio necne? Aut cur debitori qui rei ſuæ dominus manet alienandi facultatem eripiamus, cùm ea venditio quantumlibet vtilis
4 non adimat creditori actionem hypothecariam, ſicut nec extinguit hypothecam? Poteſt fortaſſis hodie videri intereſſe ob eam cauſam, quòd hypothecæ alienatio duriorem faciat conditionem creditoris, propter inductam iure nouo in fauorem tertij poſſeſſoris, vt diximus, excuſſionis non factæ exceptionem: quæ à debitore ipſo illiuſve herede opponi nunquam poteſt: nec improbabile eſt ad id reſpexiſſe Tribonianum ſi quæſtionem hanc

nullo

nullo vſquam loco à prudentibus tractatam ſubtilitate ſua dignam exiſtimauit. Sed cogitare debuit non poſſe quæſtionem conuenire reſponſis prudentum, quorum temporibus incognita erat necdum inducta exceptio ordinis aduerſus hypothecarios creditores. Nec quèquam ex prudentibus vnquam dubitaſſe, quin liceret debitori non ſolùm inſcio, ſed etiam inuito creditore pignus vendere & hypothecam, vt tot iuris noſtri locis ſcriptum eſt, non alia ratione quàm quod viderent nihil planè creditoris intereſſe: cuius quippe ius etiam poſt alienationem durat, adeóque tametſi alienationem ſciuerit neque contradixerit, dummodò nec expreſſim cõſenſerit *l. ſicut 8. §. non videtur. D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* Et verò quemadmodum nõ poteſt fieri per pactum vt ex ſola domini voluntate dominium transferatur in aliũ, ſi traditio nulla ſequatur, quia traditionibus non nudis pactis ſoliſve conuẽtionibus dominia transferuntur *l. traditionibus 20. C. de pact.* quamuis dici ſoleat nihil tam naturale eſſe quàm voluntatem domini res ſuas tranſire volentis ratam haberi *l. adeo 7. §. qua ratione. De acquir. rer. domin.* Itaque neque fieri poſſe credendum eſt, vt in poteſtate cuiuſquam ſit facere per pactum, ne rem ſuam tradendo poſſit dominium transferre in eũ, quem traditionis tempore dominum facere velit. Quæcunque enim traditio ex iuſta cauſa fit à domino ad dominiũ transferendum, ea proculdubio & neceſſariò dominiũ transfert, niſi cùm aut ob vitium ipſius rei quæ traditur, aut ob perſonã tradentis vel accipientis euenit vt lex ſit impedimento ne transferri dominium poſſit, vt ſi de religioſa agatur, vel de prædio minoris. Lex enim ſola illa eſt cuius poteſtate & autoritate inducitur tranſlatio dominij, ac proinde quæ tranſlationem illam impedire poteſt, non pactio inter alios facta quæ præceſſerit traditionẽ, *d. l. penult. de pact.* Itaque non abs re interpretes noſtri textũ illũ quẽ nos Triboniano totũ adſcribimus, ſingularẽ eſſe dicunt, quia nõ ſolùm nullo alio iuris loco, ſed nec ratione aliqua probari poſſit ea ſententia, quę tamen, vt memorant, tãtas olim inter Bartolũ & Baldũ lites & diſſenſiones excitauit, cùm diſputarent an legendum eſſet *nullam* an potiùs *vllam eſſe venditionem.* Etſi nos Bartoli ſententiam magis probauimus *d. Err. 4. Decad. 6.* cùm quid iã tũ nobis videretur apertè ſcribere non omnino auderemus. Coniecturam noſtram iuuat quod in eadem *lege qu. §. præcedit,* eiuſdem Triboniani proculdubio eſt, vt ſuo loco docebimus: item quòd totus ille titulus tam in Digeſtis quàm in Codice de ea diſtractione eſt, quæ fiat nõ per debitorem, ſed per creditorem iure creditoris, vt à nobis in prima Decade ſæpiùs ac ſæpiùs inculcatum eſt.

ERROR TERTIVS.

De locatione facta per eum, qui emit ſub pacto de retrouendendo.

SVMMARIA.

1 *An poſt factam retrouenditionem teneatur venditor ſtare locationi facta per eum qui emerat ſub pacto de retrouendendo.*

2 *Baldi & aliorum interpretum ſententia affirmans: & quibus rationibus ab ijs firmetur.*

3 *Contraria autoris ſententia.*

4 *Rationis Baldi reſutatio.*

1 QVAERVNT etiã interpretes, an poſt † factã retrouẽditionem
teneatur venditor ſtare locationi factæ per eũ qui emerat ſub
pacto de retrouendendo. In cóque, vt video omnes conſen-
2 tiunt, quòd exiſtimant reſpondendũ eſſe † pro conductore vt
inuitus à venditore expelli non poſſit. Quæ primùm fuit ſen-
tentia Baldi in *l.1.ad fin.C.de iur. fiſc. lib.* 10. vbi & ſententiæ
ſuæ rationem illam adfert, quòd quãdiu venditor non redimit rem quam ex
pacto redimere quandocunque poſſet, videatur emptor interim frui re ven-
dita ex voluntate venditoris, qui ſcilicet redimendo impediret eũ vti & frui ex
l.ſi vir uxori 12. *D. de præſcript. verb.* Qua ex ratione poſteriores interpretes,
quos refert ſequitúrque Andr. Tiraq. *De retract. cõuent.* §.3.*gloſ.vnic.num.* 14.
axioma illud induxerunt, vt quoties eo tẽpore quo facultas locandi ad te per-
tinet, tu locas, ſi tacitè vel expreſſe huic locationi conſentio, licèt poſteà pen-
dente ipſius locationis tẽpore ea locandi facultas in me transferatur, teneat
tamen ſtare locationi. Quod & Hieron. Cagnol. probat ad *l.2. quæſt.* 12. C. *de
pact. int. empt. & vendit.* Addunt aliam veluti generalẽ quoque regulã, quod
ſingularis ſucceſſor neceſſarius quilibet, id eſt, vt illi ipſi interpretantur, in
quem cogitur quis dominiũ transferre, tenetur locationi ſtare quam alius fe-
cerit, in cuius iura ipſe ſuccedit, ex gloſ. quam Bart. Bal. Imol. Alex. aliique o-
mnes probãt in *l. diuortio alias. l. fructus* 7. §. *Papinianus. D. ſolut. matrim.* Inde
namque inferunt mulierẽ cui fundus dotalis poſt diuortiũ, aut mariti mortẽ
reſtituitur, cogi ſtare locationi quã in quinquenniũ maritus fecerat ex *l. ſi fi-
liofamilias* 25. §. *ſi vir in quinquennium. D. ſolut. matr.* quoniã ea reſtitutio ne-
ceſſaria eſt. Itémque fideicommiſſarium locationi per heredẽ factæ, de quo
Alber. poſt Ray. in *l. poſtulante* 44. §. 1. *D. ad S.C. Trebell.* & creditorem loca-
tioni quam debitor anteà fecerit bona fide *l. in venditionem* 8. §. 1. *De bon. au-*
3 *tor. iudic. poſſid.* Me in † contrarium illud mouet, quantum ad eũ pertinet qui
vendiderat ſub pacto de retrouendendo, quod poſt retrouenditionem per-
inde nouus emptor eſt acſi nunquam vendidiſſet. Cur non ergo & eo iure
vtetur, quo cæteri emptores vti ſolent vt colono ſui venditoris ſtare non
teneatur *l. emptorem* 6. *C. de locat.* Eorum duntaxat, qui à fiſco emerunt, aliud
ius eſt vt colonum expellere non poſſint, ne fiſcus colono de indemnitate
præſtanda obligetur *l. vlt. D. de iur. fiſc.* perinde, inquit lex acſi nominatim
de eo in venditione conueniſſet, vt intelligamus regulariter ita ius conſtitu-
tum eſſe, vt ſi pactio nulla interuenerit colonum venditoris expellere em-
ptor poſſit. Nam ſi reſpondeas quod interpretes & pragmatici reſpon-
dent emptorem hunc qui priùs vendiderat ſub pacto retrouendendi neceſ-
ſarium eſſe ſucceſſorem, id ego primùm negabo. Potuit enim non emere
ſi redimere noluiſſet. Poterat etiam emptor non vendere, ſi quanti ven-
ditoris ſui ex ea cauſa interforet, præſtare maluiſſet, vt diximus in ſuperiori-
bus. Deinde ſi neceſſarius emptor eſt, non aliam ob cauſam neceſſarius
dici poteſt, quàm quod pactum de retrouendendo iam ab initio & in prima
ipſa venditione initum eſſet, tantò minùs igitur arctandus eſt vt ſtet, colo-
no emptoris, cùm pactum illud præceſſerit locationem, cúmque fundum ſuo
iure venditor redimat, nec proinde minùs iuris in eo habere debeat, ob id
ſolùm quòd aliquando fuerit ipſius. Solet enim melior eius conditio eſſe qui
petit rem quæ aliquando fuit ſua *l. videamus* 38. *ſi actionem. D. de vſur.*
4 Quod verò Baldus † dicebat in poteſtate venditoris fuiſſe vt fundum redi-
meret

Digitized by Google

ineret antequā per emptorem locaretur, atq.ideò videri ex eius voluntate factā locationem,prorſus ridiculū eſt.Quid.n.ſi eo tempore nō habuit venditor pecuniam in numerato ad offerendū emptori? aut quam habuit,in alios vſus,magis fortaſſe neceſſarios expendere coactus fuit? Cur ei imputabimus quòd non citiùs redemerit, dummodò poſteà redimat intra ea tempora quæ fuerant per pactionē conſtituta? Aut cur,obſecro,habeamus pro cōſentiente, eum,qui contradicere nō potuit,tametſi maximè cōtradicere voluiſſet? Nemo ſiquidem dixerit in venditoris arbitrio & poteſtate eſſe vt impediat ne is qui fundum emit,licèt ſub pacto de retrouendendo,locet fundū cui,& qua lege & conditione velit:cùm facere pactum illud nequeat vt nō ſit dominus irreuocabiliter & pleno iure, æquè acſi de retrouendendo pactum nullū interceſſiſſet. Non igitur contradicere venditor poteſt etiamſi maximè velit, nec conſequenter pro conſentiente habendus eſt, ob id ſolùm quod nō contradixerit,ſicut nec ob id quod iam tum nō redemerit. Sciuit enim ius ſuum durare vt de eo creditore dici ſolet qui ſciuit vendi pignus à debitore *l. ſicut 8.§.nō videtur D.quib.mo.pig.vel hypoth.ſoluit.* Et ſanè ſi ratio illa Baldi recta eſſet,cōſequens fieret oppignerationes omnes rei ſub huiuſmodi pacto venditæ factas ab emptore vēditori poſt retrouenditionē nocere debere, tanquā ex eius voluntate factas,quod tamen ipſi etiā interpretes negant, exiſtimātes per retrouenditionem reſolui ius emptoris,& per conſequentias reſolui etiā iura omnia,quæ fuerint ab emptore conſtituta. Nos verò etſi negamus eam retrouenditionis vim eſſe vt priorem venditionem reſoluat, ſed tantùm vt ſecundam nouámq.inducat,hactenus tamē fauemus venditori vt indemnitatem ab emptore conſequi debeat, ſi fortè deterior res retrouendatur quàm prioris venditionis tēpore fuiſſet:quomodo certè deterior retrouēditur quæ obligata retrouenditur,cùm priùs libera vendita fuiſſet. Quam porrò de indemnitate actionem quis putaret venditori dandam eſſe ſi ex eius voluntate oppigneratio ab emptore facta proponeretur? Nam nec alio colore datur, quàm quòd inſcij & ignorantis venditoris conditio durior fieri non potuerit per emptorem: vt à nobis diſputatum eſt in *Error.1.Decadis ſuperioris.*

ERROR QVARTVS.

De fundi dotalis locatione à marito facta.

SVMMARIA.

1 *Ex eo quòd locationi à marito facta mulier ſoluto matrimonio ſtare cogitur, non ſequi venditorem teneri ſtare locationi ab emptore facta.*

2 *Non ſimpliciter verum eſſe illud,locationi à marito facta mulierem ſoluto matrimonio ſtare compelli.*

3 *Error Cuiacij in interpretatione l. ſi filiofam.25.§.vlt.D.ſolut.matr.*

4 *Differentia inter vſumfructum & dotem.*

5 *Quid noui induxerit Iuſtinianus in l. in rebus 30.C.de iur.dot.*

6 *Quid ſentiendum ſit de propoſitione ſuprà num.1.propoſita.*

7 *Alius error Cuiacij ad d.ſi filiofam.*

8 *Venditor ſub pacto de retrouendendo,non cogendus eſt ſtare locationi quam fecit emptor ante retrouenditionem contra pragmat.*

9 *Nec eſt cogendus emptori retrouendenti cauere de indemnitate*

10 *Pupillus cur teneatur ſtare locationi quā tutor fecerit.*

11 *Idem cur non obtineat in ſingularibus tantùm ſucceſſoribus.*

NEQVE veró ſimile eſt quod de fundo dotali ab interpretibus
affertur. Locationi †enim à marito factæ mulier ſoluto matri-
1 monio idcirco ſtare cogitur, quia licuit marito tanquam ma-
rito, id eſt non ſuo tantùm, ſed etiam coniugis nomine fundũ
dotalem locare, quoniam dos vſque adeò nõ eſt in bonis ma-
riti vt non ſit etiam mulieris, *l. quamuis* 75. D. *de iur. dot. l. 1. in rebus* 30. *C. eod.*
At fundus venditus licèt ſubiecto pacto de retrouendendo ita eſt emptoris
& quidem pleno iure vt nullum in eo ius ſit venditori. Proinde ſi cum em-
ptor locet, non poteſt dici tam venditoris quàm emptoris nomine factam
2 eſſe locationem. Quanquam ſi verũ amamus, nec illud †verum eſt quod pro
vero obiicitur, ex locatione fundi dotalis à marito facta obligari mulierẽ, vt
etiam poſt ſolutum matrimonium colono ſtare compellatur, quãuis ita ſen-
tiat Carol. Molin. in conſuet. Pariſ. §. 30. *quaeſt.* 22. Apertè enim Paulus ſcribit
in *l. ſi filiofamilias* 25. §. *vlt.* D. *ſolut. matr.* Si vir in quenquennium locauerit
fundum, & poſt primum fortè annum diuortium interuenerit, non alias fun-
dum mulieri reddi oportere, quàm ſi cauerit, ſi quid præter vnius anni loca-
tionem maritus damnatus ſit, id ſe præſtituram. Cur enim ea cautio à mu-
liere præſtanda eſſet, ſi nec volens colonum poſſet expellere? Aut cur vere-
retur maritus ne conductori damnaretur ſi mulierem vincere conductor ſuo
iure poſſet? Atque ita Cuiacius quoque in Commentariis ad Paulum bene
3 explicauit. Sed non illud †æquè bene meo iudicio, quod diſtinguit caſum di-
uortij à caſu mortis, nec dubitat quin locationem fundi dotalis à marito fa-
ctam mariti heres ſeruare non teneatur: Non magis, inquit, quàm *ſi ab vſu-
fructuario* facta eſſet, quaſi in re dotali maritus fructuarij potiùs quàm domi-
ni & proprietarij iure cenſendus ſit, in quo ſanè fallitur. Maritus enim verè
dominus eſt fundi dotalis quamdiu cõſtat matrimonium & quidẽ pleno iu-
re, licet poſſit fieri vt doté aliquãdo reſtituere debeat actione de dote, idcóq;
habet ſolus vindicationem, *l. doce ancillam.* 9. *C. de rei vindic.* cæteráque omnia
facere poteſt, quæ dominis facere licet, niſi quod fundum dotalem alienare
non poteſt, idque tamen non defectu iuris, ſed propter legis Iuliæ prohibi-
tionem. §. 1. *Inſtit. quib. alien. licet vel non.* Neque rurſum aliqua inter diuor-
tij & mortis caſum diuerſitatis ratio reddi poteſt. Nam ſicut diuortio facto
æquè fundus deſinit eſſe dotalis atque morte mariti, ita ſoluto per mortem
mariti matrimonio perinde poteſt imputari eius heredi cur ſine cautione
fundum mulieri reſtituerit, atque marito viuenti hoc ipſum imputaretur, ſi
matrimonium diuortio ſolutum eſſet, aut etiam per mulieris mortem. *Quid-
ni* enim à mulieris herede præſtanda eſſet ea cautio quam mulier ipſa ſi vi-
ueret præſtare teneretur? Denique quomodo plus iuris habet maritus qui
interim dominus & proprietarius eſt quàm fructuarius, ita & qui à marito
conduxit fundum dotalem plus iuris habere debet, quàm qui ab vſufructua-
rio conduxit fundum fructuarium, non quidem reſpectu mulieris, quomi-
nùs cõductorem vtroque caſu æquè facilè expellere poſſit, in quo mihi con-
uenit cum Cuiacio, ſed in eo nimirùm vt mariti heredem ex cauſa locatio-
nis obligatum habeat, qui heredem fructuarij ſimiliter obligatum non ha-
beret, *l. ſi quis domum* 9. §. 1. D. *locat.* Ei namque qui cum fructuario contraxit
poteſt imputari, cur cum eo contraxerit, quem ſciuit dominum non eſſe, nec
aliud iuris in ea re habere niſi quod per mortem extinguẽdum eſſet, debuít-
que proſpicere, vt lex ait, Poſſe euenire vt ante finitũ conductionis tempus

decederet

Digitized by Google

decederet fructuarius, ideóque nulla cauſa eſt, propter quam aduerſus fru-
ctuarij heredem ei ſuccurrere debeamus ſi fortè à proprietario expellatur.
At ei qui cum marito contraxit, fundúmque dotalem ab eo conduxit, non
ſimiliter poſſis imputare, cur cum eo contraxerit quem ſciuit & dominum
eſſe, & locandi ſaltem in quinquenniũm fundi dotalis ius habere: Aut cur
non cogitauerit euenire poſſe vt intra quinquennium maritus moreretur.
Sciuit enim futurum, vt eo caſu poſſet ipſius heres aduerſus mulierem ſibi
proſpicere per cautionem quæ indemnitatem pleniſſimam eſſet allatura: cu-
ius tamen cautionis ab vſufructuarij heredibus præſtandæ cauſa nulla eſt,
non magis quàm ſi ad ſuam duntaxat vitam fructuarius locaſſet. Nihil enim
refert an vſufructuarius fundum ſimpliciter locauerit, an ad vitam, cùm ius
omne ipſius morte finiatur. In cóque negari non poteſt differre dotem ab
vſufructu. Vſusfructus † enim fructuarij morte ſic finitur, vt nihil prorſus iu- 4
ris heres fructuarij habeat in ea re in qua defunctus habuit vſumfructum.
Dos verò ſic marito per conſtitutionem acquiritur, vt quamuis defunctus
ſit, ius tamen aliquod heredis ſuperſit, aduerſus quem ideo agere de dote ne-
ceſſe eſt, vt dominium marito acquiſitum reſtituere compellatur. Alioqui
haberet mulier ius vindicandorum bonorum dotalium & poſſeſſionis eo-
rum adprehendendæ propria autoritate, quod falſum eſt, *l. dotis actione* 9. C.
ſolut. matr. quáquam magna hac parte iuri veteri plaga illata fuit per eam Iu-
ſtiniani cõſtitutionẽ quæ extat † in *d. l. in rebus* 30. C. *de iur. dot.* quæ dotis vin- 5
dicationem ſoluto matrimonio mulieri dedit, quaſi non niſi iuris fictione
maritus dominus fuerit conſtante matrimonio, quem tamen verè dominum
fuiſſe nemo ex prudentibus vnquam negaſſet. Indéque nimirum fit vt à mu-
liere inuita poſſit maritus eiúſve heres extorquere cautionem illam, de qua
in *d. §. ſi vir in quinquennium*, quam ſanè per retentionem extorquere non
poſſet, ſi matrimonio quomodocunque ſoluto, dominium rei dotalis ipſo iu-
re ad mulierem recurreret. Quáquam non puto nouam Iuſtiniani legem quę
mulieri, vt diximus, vindicationem dedit vſque adeò extendendam contra
iuris veteris rationem, vti ne hodie cauere marito eiúſue heredi mulier de-
beat, indemnem eũ ex cauſa locationis pręſtitutum iri. Nã cùm Iuſtiniani pro
poſitum illud duntaxat fuerit vt dotis repetitionem mulieri expeditionem
faceret, non etiam vt læderet ius mariti viuentis, eueniret ex contrario vt
lõgè minùs quàm olim iuris haberet maritus in fundo dotali quem in quin-
quennium locare ſi vellet, periculum incurreret futuræ condemnationis in
eum caſum quo ante quinquennij finem matrimonium ſolueretur. Nec par-
uũ incõmodum ei futurum eſt ſi hoc metu deterreatur ab incũda in tempus
quinquennij locatione: cùm fructus rei ſit locare licere ſicut & pignori da-
re, *l. vlt.* D. *de vſur.* neque tã facilè inueniantur qui in annũ vnum aut bienniũ
conducere fundos velint, eaſdẽ ſaltem mercede annua, quam offerrent ſi fun-
dus in quinquennium locaretur. Niſi fortè quis putet ex eadẽ Iuſtiniani con-
ſtitutione interdum eſſe vt cõductori quẽ mulier ſuo iure expulſura ſit, ma-
ritus maritíve heres nullo modo ex locatione teneatur. De quo certè Iuſti-
nianus non cogitauit. Quod etſi conſtitutum eſſet, non eo minùs tamen dãno
maritorum res cederet, quibus fundum dotalẽ locare volentibus, tanto diffi-
cilius eſſet inuenire conductorem, qui nullũ ſperans regreſſum, aduerſus lo-
catorem tanti conducere rem vellet, quanti eſſet cõducturus ſi ſciret, futurum
vt ſoluto ante quinquennij finem matrimonio, maritum eiúſue heredẽ habe-

6 ret obligatum. Apparet † ergo ex ſuperioribus ad quæſtioñe illam vtrum lo-
cationi per maritũ factæ mulier ſoluto matrimonio ſtare cõpellatur, non ſa-
tis benè reſpondere eos qui ſimpliciter & abſolutè affirmant, compelli, nec
illos rurſus qui abſolutè negant. Non enim cõpellitur, ſi fundũ dotalem ma-
ritus ei reddiderit nulla extorta cautione, quia plenũ rei ſuæ dominium nan-
ciſcitur, licèt maritus (quæ Molinæi ratio eſt) non ſolũ tanquam dominus, ſed
etiam tanquam maritus locauerit, plenámque habuerit adminiſtrationem.
Compellitur autem ſi fundũ dotalem maritus nolet reddere, niſi præſtita ſi-
bi priùs cautione de indemnitate, quia ſi non licet mulieri propria autori-
tate ingredi poſſeſſionem fundi dotalis quãuis defuncto iam marito, multò
minùs permittendum ei eſt vt expellat conductorem. Cæterũ ſi cautio præ-
ſtita ſit, atque ita fundus dotalis mulieri redditus, dubitandum non eſt quin
poſſit illa ſuo iure conductorem expellere, ſi malit mariti heredibus indem-
nitatem præſtare: quia cautio non obligat mulierem conductori, ſed marito
aut eius heredibus; & quidem in eũ duntaxat caſum quo nollet illa ſtare co-
lono, tantum abeſt vt verum ſit quod vulgò putant, ideò cogi eam cauere
7 quòd ſtare colono neceſſe habeat. Sed & in eo videtur mihi † valdè erraſſe
Cuiacius in Commentariis illis ad Paulum, quòd ſcripſit, ſicut marito aut
eius heredibus cauendum eſt à muliere fundum dotalem repetente, ita & a-
liis omnibus proprietariis qui iure ſuo fundum locarunt caueri ab iis opor-
tere quibus dominium acquiritur ante finitam conductionem, quaſi eadem
illa æquitas vrgeat in cæteris omnibus, quæ in marito. Cur enim venditori
cogatur cauere emptor de conductore non expellendo cui venditor locaue-
rat, aut de indemnitate venditori præſtanda ſi de eo nihil dictum, nihil ex-
ceptum ſit in ipſa venditione? An non fiat iniuria emptori cui iam quæſitum
ſit ius coloni quandocunque expellendi impunè, quique non tanti fortaſſe
empturus fuit ſi venditionis tempore cautionem eiuſmodi ab eo extorque-
re venditor voluiſſet? Itaque de eo tũ cauendũ eſt cùm vẽditio fit, & vt Ca-
ius ſcribit in *l. ſi merces* 25. §. 1. *D. locat. eadem pactione*, quod & ſatis ſignificat
l. emptorem 9. *C. eod.* iis verbis, *niſi ea lege emit*, itémque *lex Arbores* 59. §. 1. D.
de vſufr. iis verbis *niſi fuerint ſpecialiter excepta*. Fateor, poſſe ſufficere vt ex
interuallo emptor locationi qualiter qualiter conſentiat *d. l. emptorem*, ſed ſi
conſentire nullomodo velit, nego cautionem ab eo inuito extorqueri vllam
poſſe. Idémque iuris eſt ſi fundũ locatũ quis legauerit. Nã cùm legatarius ex
legato fiat dominus conductorẽ expellere ſuo iure poteſt, nec audiendus eſt
heres ſi legatariũ adigere velit ad præſtandã cautionem, cuius præſtãdæ onus
teſtator nõ irrogauit. Tantò enim minùs eſſet legatũ quod onus cautionis
admixtũ haberet, ſicut è contrario tãtò plenius eſt quod legatario affert libe-
rã re legata vtendi & diſponẽdi facultatẽ, *l. qui fundũ* 32. D. *locat.* Idẽ ergo ad-
mittendũ eſt illo etiã caſu, quo is qui fundũ locauit, cũ fundum alteri ſtipu-
lanti promiſerit. Nã & ex ſtipulatione illa *fundum dari* conſtat obligari pro-
miſſorem vt fundi plenũ dominium in ſtipulatorem transferre teneatur, *l.
vbi autem* 75. §. *vlt.* D. *de verb. obligat.* Cur non ergo ſatisfacere cogatur, aut
cur ei demus exceptionẽ prætextu cautionis de qua nihil conuenerit per ſti-
pulationem? Nam & inauditũ eſt vt agentẽ ex ſtipulatu cauere vlla de cauſa
oporteat, ſi ſtipulationis verba de cauendo nulla ſint, cùm ſtipulatio tota ex
verbis æſtimetur, *l. quicquid* 99. D. *eo.* éſtq; ius illud ſingulare cõtractuũ bonę
fidei vt ex iis cautio exigi aliquando poſſit ſola iudicij æquitate quoties iuſta

cauendi

cauendi cauſa intercedit,vt in *l. in omnibus* 41.D.*de iudic.* Indéque nimirum fit vt marito aut mariti heredi qui iudicio de dote conuenitur, quod omniũ maximè bonæ fidei eſt,cauere mulierem oporteat, quia ſcilicet æquum non eſſet maritum eiuſve heredem ſentire damnum ex locatione quam conſtante matrimonio fecerit & ſuo iure,& bona fide. Nam ſicut ex dote lucrũ nullum debet remanere penes maritũ ſoluto matrimonio niſi quãtum ex dotis fructibus potuit ſibi comparare pro eo tempore quo matrimonium ſtetit, ita neque damno affici debet ob eam rem quam iure mariti geſſerit, *l. quoties* 16.D.*de iur.dot.* Quæ tamen ratio inter eos duntaxat obtinet, qui coniuges fuerunt, inter quos iudicium bonæ fidei exercetur non etiam quod ad eum qui à marito conduxit, vt vel à muliere expelli non poſſit, vel nullam contra maritum habere debeat actionem. Nam imò verò & expelli à muliere poteſt licèt conduxerit ab eo qui non tantùm iure domini locauerat, ſed etiam iure mariti, quia nouum dominium eſt quod mulieri per dotis reſtitutionem acquiritur, dominium inquam pleniſſimum, quod proinde liberum adfert arbitrium coloni expellendi ſi mulier iure ſuo vti volet,& conſequenter obligatur maritus eiuſve heres vt conductori à muliere expulſo indemnitatem præſtet. Ideóque cauere ſibi contra mulierem debet interpoſita ſtipulatione,vt ipſe quoque à muliere indemnis præſtetur. Etſi verò iudicium empti venditi bonæ fidei eſt,ſicut & actio de dote: aliud tamen iuris conſtituendum eſſe diximus, vt venditori ab emptore non caueatur neque de colono non expellendo, neque de indemnitate præſtanda, quoniam ipſa iudicij æquitas repugnat,ne duriori lege obſtringatur emptor quàm qua ſe obſtringi voluit in emendo.Idémque in actione ex teſtamento obſeruatur,quæ licèt bonæ fidei non ſit, tamen actionum bonæ fidei naturam in omnibus ferè imitatur.Eodem igitur exemplo dicendum eſt, vt ad inſtitutam diſputationem reuertamur,de eo † qui vendidit ſub pacto de retrouendendo,non 8
eſſe cogendum ſtare locationi quam emptor fecerit ante retrouenditionem, cùm ſuo iure plenum dominium recuperet, atque ita vel inuitus expellendi quandocunque coloni poteſtatem nanciſcatur, ſi non eam ſibi præreptam voluerit propria pactione. Cur enim minùs iuris habeat, quàm fructuarius, quem conſtat cogendum non eſſe vt ſtet locationi à proprietario factæ *d.l. arbores* 59.§.1.D.*de vſufr.* Sed an cogendus † erit venditor exemplo mulieris 9
fundum dotalem repetentis vt emptori retrouendenti caueat de indemnitate? Ita Cuiacius putaret. Ego non puto,quia non,ſicut diximus, maritum in dote ita verſari debere vt neque lucrum, neque damnum ex dote ſentiat, ſimiliter poſſit quis dicere neque lucrum neque damnum vllum ex emptione penes eum remanere oportere qui emerit ſub pacto de retrouendendo. Nihil enim vetat magnum ex fructibus lucrum ei reliquum eſſe ſi fortè rem precioſam & magni redditus viliſſimo pretio, vt plerunq; fit, ſub eo pacto comparauerit, nec proinde abſurdi quicquam eſt vt pro indemnitate conductori ſuo præſtanda damnum ſentiat. Præſertim cum ſibi debeat imputare cur in ineundo pacto retrouendendi, ex quo totũ hoc ius retrouenditionis poſteà faciendæ æſtimandum eſt,melius ſibi non proſpexerit, hoc nominatim excepto ne facta quandocunque retrouenditione conductorem quem cõſtituiſſet,expellere venditor poſſet. Illud ſanè prorſus diſſimile eſt, quod quidam obiiciunt, Pupillum † teneri ſtare locationi, quam tutor fecerit. Id 10
enim fit,quia tutor domini loco eſt, *l. tutor* 27.D.*de adminiſtr.tutor.*& pupilli

locum obtinet, cuius intereſt ſeruari ea omnia quæ tutor bona fide adminiſtrauit,vt & Cuiac.ſupradicto loco monet ex *l.cum plures 12.§.1.eo.* Cæterum verò qui ſingulares † tantùm ſucceſſores ſunt (heredes enim ſemper excipio quibus ratio illa conuenit quæ & pupillis quòd eadem cum locatore perſona heredis eſſe exiſtimetur) nihil prorſus intereſt ſeruari locationem quam alius fecerit,niſi quod mulierum certè intereſt indemnes ſeruari maritos pro iis omnibus quæ in re dotali geſſerint bona fide, ne alioqui tantò difficiliùs inueniant illæ maritos, quantò periculoſior aut ſtrictior futura ſit bonorum dotalium adminiſtratio. Ideóque nimirum cautionem indemnitatis ab iis exigimus,quam nullo alio caſu lex exigit à ſingulari ſucceſſore.

ERROR QVINTVS.

De facta per vaſſallum aut emphyt.utam locatione eius rei quæ ad dominum redeat.

SVMMARIA.

1 *An dominus ſtare teneatur locationi rei quæ ad ipſum redijt facta per vaſallum aut emphyteutam.*

2 *Sententia Molinæi.*

3 *Autoris ad quæſtionem reſponſio.*

4 *Finito ſiue commiſſo feudo,in totum reſoluitur ius vaſalli,ac conſequenter qui ab eo conduxit ſiue in decennium, ſiue ſub hypotheca nullum ius in re ex vaſalli perſona habere poteſt: & num.7.*

5 *Si res feudalis ad dominum redeat ex cauſa noua & voluntaria, conductoris conditio non poteſt fieri durior,ſed locationi ſtare dominus tenetur.*

6 *Error Molinæi.*

8 *Proprietarius non tenetur ſtare locationi per fructuarium initæ.*

9 *Diſtinctio,an res feudalis ad dominũ redeat ex cauſa fatali, an ex facto ſeu delicto vaſalli, nihil facit ad quæſtionem,nu.1.propoſitam.*

10 *Reuocatio donationis quæ fit ex cauſa ingratitudinis non extinguit alienationem à donatario factam, imò nequidem obligationes, & cur in reuocatione feudi res aliter ſe habeat.*

11 *Cùm reſoluitur ius vaſalli vel emphyteutæ, etiam cæterorum omnium qui ab hiſce cauſam habent iura reſoluuntur.*

12 *Molinæi diſtinctio exploſa.*

1 NON poſſum facere quin hanc quæſtionem † interſeram,quoniam licèt aliena ſit ab inſtituto tractatu De pacto retrouendẽdi,tamen & ſuperiori quæſtioni finitima eſt,& in iudiciis frequenter occurrit. Tractat eam Molinæus cum apparatu in *Conſuet.Pariſ.tit.1.De mat.feod.§.30.quæſt.22.* Diſtinguit† autem
2 an locatio facta ſit in longum tempus, id eſt in decennium, an verò in aliud quod breuius ſit decennio,& hoc rurſum caſu an de pignore aut hypotheca conuenerit an non,vt ſi vel in longum tempus vel ſub hypotheca proponatur facta locatio, dominus directus ei ſtare teneatur, ſi minùs non teneatur. Eiúſque diſtinctionis rationem illã adfert,quòd prioribus caſibus quæſitum ſit conductori ius in re,quod ab eo inuito auferri non poſſit,quia res feudalis aut emphyteuticaria talis ad dominum redit, qualis eſt eo tempore quo redit. Poſteriore verò caſu nullum conductor ius habet in re ipſa, ſed tantùm perſonalem ex conducto actionem,quæ cùm ex contractu competat, nõ aduerſus ſingularem ſucceſſorem dirigenda eſt, qui non contraxit, ſed aduerſus locatorem. Ego † verò longè aliter diſtinguendum eſſe exiſtimo,
3 nempe quomodo ſuprà diſtinximus in alia quæſtione, De oppigneratione

rei feudalis

rei feudalis vel emphyteuticariæ per vaſallum aut emphyteutam facta, vtrum res ad dominum redeat ex lege & conuentione ab initio dicta, an ex cauſa noua planéque voluntaria. Priore caſu dico non eſſe cogendum dominum directum vt ſtet colono, ſi iure ſuo vti malit. Hic enim ratio illa generalis & perpetua obtinet, quæ reſoluto iure datoris, reſolui vult ius acceptoris, *l. lex vectigali fundo* 31. *D. de pignor.* Nec proinde quæſtioni aut diſtinctioni locus vllus relinquitur, an conductor ius aliquod in re habuerit, necne, quandoquidem etiamſi maximè habuerit, nunc tamen nullum habere ampliùs poteſt reſoluto omni eius iure, qui ius hoc in re conſtituerat. Eſtque ſanè vt antiquius ita & potentius ius domini directi eã ipſam legẽ exercentis, quã in feudi vel emphyteuſeos conceſſione dixerat, & ſine qua nõ fuerat conceſſurus. Nec quod hodie feuda redacta ſint ad inſtar patrimoniorum, ad rem quicquã facit, licèt hac vna potiſſimum ratione Molinæus moueatur. Id enim eò duntaxat pertinet, vt liberum ſit vaſallo de re feudali quomodocũq; voluerit diſponendi arbitrium, quandiu feudum durat, nec domini conſenſum & voluntatem paſſim exquiri oporteat. Non etiam vt vaſallo impunè liceat eam legem negligere quę conceſſioni ab initio dicta fuit. Nam & in alia cuiuſlibet rei patrimonialis alienatione idem ſeruari oporteret, vt quæ alienationi ab initio dicta lex eſſet, ea ſeruaretur *d. l. lex vectigali.* Itaque ſiue † feudũ finitum ſit, putà non niſi ad certum tempus conceſſum (quo caſu nobiſcum ſentit Molinæus cuiuſlibet conductoris ius etiam omne finiri) ſiue commiſſum ob impletas, &, vt loquuntur, purificatas committendi feudi conditiones, dico in totum reſolui ius vaſſalli, nec conſequenter fieri poſſe vt qui ab eo conduxit, ſiue in decennium, ſiue ſub hypotheca ius aliquod in re ex eius perſona habere poſſit. Quod in fundo emphyteuticario apertius eſt, quia emphyteuſes redactæ non ſunt ad inſtar allodialium patrimoniorum: licèt circa ius emphyteuticum multa ſint immutata. Poſteriore verò caſu, id eſt, ſi res feudalis † vel emphyteuticaria ex cauſa noua planéque voluntaria domino directo acquiratur, tum demum Molinæi diſtinctionem admitto, vt conductoris ius in re habentis non magis poſſit durior conditio fieri ex perſona domini directi, quàm ſi in alium quemlibet extraneum alienatio facta proponeretur, cùm hac parte dominus directus extranei iure cenſeatur. Et verò quoties alienatio fit, eam cum ſua cauſa fieri neceſſe eſt, ac proinde cum omnibus oneribus realibus, quæ iura in re appellamus, *l. alienatio* 67. *de contr. empt.* At cùm res feudalis vel emphyteuticaria ad dominum priſtino iure redit, non tam alienatio fit, aut acquiſitio aliqua iuris noui in perſona domini directi, quàm extinctio iuris quod in eum vſque diem vaſallus vel emphyteuta in ea re habuerat, non aliter quàm cùm vſuſfructus morte fructuarij finitur. In eóq; ſanè errauit † Molinæus, qui etſi non ignorauit ius domini directi cæteris omnibus antiquius & potentius eſſe debere, nec aliter ſaluum & integrum fieri poſſe, quàm ſi ea res ad dominum libera redeat, nulli uſque noui oneris incommodo diminuta, vt ex iis apparet quæ idem ille tractat, *d. §.* 30. *quæſt.* 20. Contendit tamen in ea quæſtione quam nos agitamus tranſlationem aliquam fieri à vaſallo vel emphyteuta in dominum vt inferat, ſi aliquod ius in re fuit, quandiu vaſallus aut emphyteuta rem tenuit, non niſi cum eo ipſo iure ad dominum rem redire. Imò verò fatendum eſt, quod nec ille prorſus negare auſit, dominum eo caſu non tam vaſallo aut emphyteutæ quàm ſibi ipſi ſuccedere, nec niſi pleniorem & liberiorem rei ſuæ ad-

miniſtrationem nanciſci, vt de ſuis heredibus ſcriptum eſt in *l. in ſuis* 11. D.
de liber. & poſthum. Aut ſi vaſſallo vel emphyteutæ ſuccedat, per modum tan-
tùm priuationis & negationis ſuccedere, vt Molin. loquitur, non etiam per
7 modũ acquiſitionis. Quod cùm ita ſit, cui † dicamus cogendũ eum ſtare colo-
no quem vaſſallus vel emphyteuta conſtituerat, licèt vel in longum tempus
vel ſub expreſſa hypotheca locatio facta proponatur? Quidni potius eandem
illius cauſam faciemus, quæ eſt proprietarij, cùm ad eum res redit finito per
vſufructuarij mortem vſufructu? Conſtat autem non eſſe cogendum pro-
8 prietarium vt ſtet locationi per † fructuarium initæ *l. ſi quis domum 9. §. 1. D.
locat.* nempe quia proprietarius vſufructuarij ſucceſſor dici nullomodo po-
teſt, neque ſingularis, neque neceſſarius, ſed cùm rem recuperat, hoc tan-
tùm intendit, finitum eſſe ius omne vſufructuarij, nec vllum ei amplius ſu-
9 pereiſe. Neque diſtinguendum † eſt, meo iudicio, an res feudalis vel emphy-
teuticaria ad dominum redeat ex ea cauſa quæ magis à caſu quàm à vaſſalli
vel emphyteutæ voluntate pendeat, an ex ea potiùs quàm vaſſallus vel em-
phyteuta impedire potuerit, ſi voluiſſet, vt puta ob feloniam & ingratitudi-
nem admiſſam. Etſi enim durius videtur vt factum & voluntas vaſſalli vel
emphyteutæ, quàm vt fatum caſuſve noceat ei qui cum vaſſallo vel emphy-
teuta contraxit bona fide (quæ Molineo familiaris, nec tamen perpetua ra-
tio eſt.) Attamen quod ad dominum directum pertinet, nihil planè ipſius
intereſt, cùm vtroque caſu tantundem iuris habeat ad rem ſuam æquè ſuo
iure recuperandam, nec niſi contractus ſui legem exerceat, quæ vaſſalli vel
emphyteutæ ius totum extinxit, qualiſcunque tandem cauſa fuerit eius ex-
tinguendi. Debétque ſibi imputare qui cum vaſſallo vel emphyteuta ſciens
contraxit, aut qui eius cum quo contrahebat conditionem ignorauit. Quid
enim poſſis imputare domino, qui non priùs legem contractus ſui exercere
potuit, neque proinde impedire quominus vaſſallus vel emphyteuta eum
fundum locaret, ſed ita tamen vt dominij directi ius anterius non eo minùs
ſaluum & integrum maneret. Longéque alia ratio eſt eius iuris quod in re-
uocatis propter ingratitudinem donationibus conſtitutum fuit in *l. his ſo-*
10 *lis 7. C. de reuoc. donat.* Reuocatio † enim præſertim quæ fit ex cauſa ingratu-
dinis licèt fiat ipſo iure, non tamen afficit aut extinguit alienationes à do-
natario anteà bona fide factas, at ne quidem obligationes, vt pro Molinæo
aduerſus Arium Pinellum diſputauimus in *Error. 3. Decadis præcedentis,*
quia reſcindit potiùs quàm reſoluit donationem verúmque eſt à domino
factas eſſe alienationes illas & obligationes, ab eo, inquam, qui tum domi-
nus non ſolùm fuerit, ſed etiam ſemper fuiſſe intelligatur, potéſtque dona-
tori imputari cur non eam potiùs legem donationi adſcripſerit, quæ in eum
caſum qui euenit ius donationis omnino poſſet reſoluere, vt eorum quo-
que omnium qui cum donatario interim contraxiſſent ius omne per con-
ſequentias reſolutum videri poſſet. At nihil eſt quod poſſis imputare domi-
no directo, qui licèt cùm vaſſallo vel emphyteuta contraxerit, ſic tamen con-
traxit vt proſpexerit ne vllo domini vtilis facto ius ſuum lædi poſſet, ſi
quando eueniret, vt ex contractus lege ad eum res rediret. In eámque
rem textus eſt omnium optimus & apertiſſimus in *d. l. lex vectigali fundo. D.
de pignor.* ad quam nec Molinęus reſpondet, nec alius quiſquam pro Moli-
næo reſpondere poſſit. Nam cùm omnes fateantur, quoties † ad dominũ res
11 redit iure feudi vel emphyteuſeos reſolui ius vaſſalli, vel emphyteutæ, An
non

Digitized by Google

non prorſus conſequens eſt vt cæterorum etiam omnium qui à vaſallo vel emphyteuta cauſam habent, ius reſoluatur? Alioqui poſſet quis similiter dicere in ſpecie *d.l.lex vectigali*, non eſſe ferendum vt creditoris qui bona fide cum emphyteuta contraxit, ius extinguatur, ob id ſolùm quod emphyteuta canonem annuum non ſoluerit, cum fuerit in eius poteſtate vt ſolueret, atque ita faceret ne res ad dominum rediret. Et ſanè fatendum eſt in ea ſpecie fieri ius creditoris deterius ex facto, aut potius ex non facto poſſeſſoris, & ex ipſius poſſeſſoris voluntate, inſcio etiam adeóque inuito creditore: neque tamen id abſurdum aut iniquum creditur, quia ſic ab initio lex dicta erat, ſufficitque nihil niſi ſuo iure facere dominum qui contractum dicit eſſe ipſo iure reſolutum. Nimiſque ſubtilis, ne dicam ſtolida eſt illa diſtinctio† quam Molinæus probat, an feudum vel em- 12
phyteoſis finiatur, an committatur, cùm poſteriore hoc caſu æquè ac priore ſi comiſſo cauſam det lex contractus, omne ius vaſalli vel emphyteutæ reſoluatur ipſo iure, habeátque dominus ius rei propria authoritate prehendendæ, quod vtique non haberet ſi qua iurium tranſlatio à vaſallo vel emphyteuta in eum fieri deberet nouáque retrotraditione opus eſſet. Ergo quem admodum finito feudo vel emphyteutico iure fatetur Molinæus rem ad dominum redire liberam ab iis quoque iuribus quæ in re ipſa fuerant conſtituta, quídni idem admittimus eo ipſo iure quomodolibet reſoluto? Sed & in eo Molinæus labitur, facitque iniuriam domino directo, dum ei fauere vult, quod ait rem feudalē vel emphyteuticariam obligatam eſſe domino, & vt loquitur, hypothecatam, pro iuribus omnibus feudalibus & emphyteuticariis. Plus enim multò quàm hypothecam habet is qui dominus directus eſt, nec fieri poteſt vt ei res ſua ſit obligata, præſertim eo tempore quo dominium illud vtile quod penes vaſallum vel emphyteutam fuerat, quódque pignoris conuentionem admittere videbatur, per conſolidationem extinctum eſt ſolo directo penes dominum remanente.

ERROR SEXTVS.

De locatione facta per prælatum eccleſiæ, aut per heredem rogatum de reſtituenda hereditate.

SVMMARIA.

1. *An prælatus ſtare debeat locationi per deceſſorem initæ.*
2. *Pragmaticorum ſententia negans.*
3. *Molinæi reſponſio per diſtinctionem: & reſponſionis ratio.*
4. *Mulier ſoluto matrimonio non tenetur ſtare locationi à marito factæ, contra Molinæum.*
5. *Nec Prælatus locationi à deceſſore initæ inuitus ſtare cogendus eſt, contra eundem.*
6. *Colonus à nouo prælato ante finita conductionis tempora expulſus, nullam contra defuncti heredes actionem habet.*
7. *Locatione per eum facta qui heres inſtitutus eſt, & de reſtituenda poſt diem vel ſub conditione hereditate rogatus eſt, an colonum expellere fideicommiſſarius poſſit.*
8. *Autoris ad quæſtionem reſponſio.*

FVIT etiam hæc quæſtio ſubiicienda ne quid prætermiſſum videri poſſet in hoc tractatu de locatione ab alio facta, an & quando ei ſtare ſucceſſor compellatur. Solet enim idipſum de Præla-

to quæri an ſtare debeat locationi per deceſſorem initæ. Etſi autem vulgò
2 magis placet † non debere, quia voluntarius non neceſſarius ſucceſſor eſt, vt
noſtri poſt Baldum tractant ad *l. emptorem 9. C. de locat.* aliter tamen viſum
3 eſt Carolo † Molinæo diſtinguenti ad *d. §. 30. in Conſuet. Pariſ. num.* 106. An
locatio facta ſit ad longum tempus, an ad modicum, vt hoc ſaltem poſte-
riore caſu locationi à Prælato factæ cogatur ſtare quiſquis in benefi-
cio ſucceſſor eſt. Mouetur hac vna ratione quod quæ per eccleſiæ præ-
latum locatio fit, non tanquam à domino fit, ſed tanquam à prçla-
to, & quidem liberam habente & plenam beneficij adminiſtrationem, ac
proinde non ſuo ſolum, ſed ipſius etiam eccleſiæ nomine, vt eadem ſit ratio
prælati quæ mariti, de quo etiam ibidem tractat. Maritus enim ſi fundum do-
talem locet, non tanquam dominus locat, ſed tanquam maritus habens libe-
ram plenámque adminiſtrationem fundi dotalis, ſcilicet tanquam alienę rei
non ſuæ, & conſequenter non ſuo duntaxat nomine, ſed etiam vxoris cuius
dos eſt. Quámque ideò ex huiuſmodi locatione obligari æquum putat, ſi lo-
catio non niſi in paucos annos, putà in quinquennium facta proponatur,
vt in *l. ſi familias 25. §. vlt. D. ſolut. matrim.* Et verò non abſurda aut impro-
babilis videri poſſit hæc Prælati maritique comparatio. Neque enim præ-
latus beneficij dominus eſt, ſed eccleſia: habet tamen liberam plenám-
que beneficij adminiſtrationem. Atque ideò quicquid is egerit, eccleſiæ
potiùs quâm proprio ſuo nomine gerere intelligendus eſt. Quo ma-
gis æquum videtur obligari ex eius facto ſucceſſorem, in iis ſaltem
quæ modici ſunt præiudicij, quæque prælatus facere penè neceſſe ha-
buerit, vt pro ſuo etiam tempore adminiſtrationem liberam exerceret.
Magno namque incommodo huius dignitatis homines afficerentur, ſi fun-
dum eccleſiaſticum locare in quinquennium prohiberentur, aut quod effe-
ctu ferè idem eſt, ſi locationi in quinquennium ab iis factæ ſucceſſor ſtare
non cogeretur. Multò ſiquidem minori mercede conducere ſolet, quiſquis
in annum duntaxat aut in biennium locat, quàm qui in triennium, vel quin-
quennium: vt quotidiano rerum vſu compertum eſt. At videamus, ne ſi prę-
lati eadem quæ mariti ratio conſtituenda eſt, falſa ſit in prælati ſuc-
ceſſore hæc Molinæi ſententia, quam nos iam probauimus in muliere fal-
3 ſam eſſe. Etſi enim † maritus cùm dotalem fundum locat, non tanquam do-
minus locat, ſed tanquã maritus, id eſt, vt loquar diſtinctiùs, tanquam is qui
dominiũ habeat ex cauſa dotis (nam & maritus tanquam maritus, & hoc i-
pſo quod maritus eſt, verè dominus eſt) nõ tamen vxoris nomine rem gerit,
ſed ſuo proprio, ideóque nec vxorem aut inuitam aut ignorantem obligare
poteſt, vt colono ſtare compellatur, ſi fortè dotem reddiderit mulieri, eiúſ-
ve heredi nõ extorta cautione, de qua in *d. §. vlt.* Nã etſi cautionem illã extor-
ſerit, non idcirco tamen prohibetur mulier aut illius heres expellere colo-
nũ ſi marito eiúſue heredi promiſſam indemnitatem præſtare malit. Quod
verò ante redditam dotem non perinde coloni expellendi ius habet, mini-
mè ex eo proficiſcitur, quòd à marito facta locatio, mulieri quoque debeat
nocere matrimonio quãdoque ſoluto, ſed ex eo potiùs quod dominiũ dotis
quãdiu reſtituta nõ eſt, etiãſi matrimoniũ fuerit ſolutũ penes maritũ illiúſve
herede manet, dominij autẽ ius illud eſt vt colonũ ab alio conſtitutũ expel-
lere liceat impunè: quẽadmodũ explicauimus ſup. *Err.* 4. Propter quã cauſã
nec dubitandum eſt quin hodie poſt nouã Iuſtiniani legẽ, quæ mulieri dedit

ſoluto

Digitized by Google

ſoluto matrimonio directa bonorum dotalium vindicatione, *l. in rebus* 30. C.
de iur. dot. poſſit mulier pro arbitrio colonũ expellere quãtumlibet breue tẽ-
pus illud ſit quòd locatio facta proponatur, quia nõ vt olim neceſſaria eſt re-
ſtitutio dotis ad recuperandum dominiũ quod per traditionẽ tranſlatũ fue-
rat in maritũ, ſolaq. iuris poteſtas ſufficit vt tantundẽ iuris habeat mulier in
iis omnibus quæ ad dominii cauſam pertinẽt, quantũ ſi dos ei reſtituta eſſet:
licet non eò minùs cogenda ſit cauere marito, eadem ſcilicet ſubſiſtente æ-
quitatis ratione, quæ iã olim ſuadebat vt eius locationis nomine, quam bona
fide maritus iniiſſet, indemnitatem ei mulier præſtaret. Similiter igitur in lo-
catione à prælato † facta dicendum eſt, nõ debere illã nocere ſucceſſori, quia 5
non ſucceſſoris, at ne quidẽ eccleſiæ, ſed ipſius prælati nomine facta eſt, vtpo-
te qui re vera fructuum ex beneficio perceptorũ & percipiẽdorũ dominus,
ſit, quãdiu viuit. Vnde illud etiã eſt quod vſufructuario comparatur in vita, &
vſuario in morte: neque negari poteſt quin eo defuncto quiſquis in benefi-
cio ſucceſſor eſt idem iuris habeat ad colonum veterem expellendum, no-
uúmque inducendum: ſiue dominij iure prælatum cenſeri velis, ſiue vſufru-
ctuarij. Proinde nihil omnino cauſæ eſt cur locationi à deceſſore ſuo fa-
ctæ inuitus ſtare cogendus ſit: ſiue in longius tempus facta fuerit locatio, ſiue
in breuius. Sed & illud auſim dicere, colonum à nouo † prælato ante finita 6
conductionis tempora expulſum, nullam ideo contra defuncti heredes actio-
nem habiturum, ſicut nec haberet contra heredem alterius cuiuſlibet vſufru-
ctuarij, *d. l. ſi quis domum* 9. §. 1. D. *locat.* quia vt in eo qui ab vſufructuario con
duxit Iureconſultus eo loco ſcribit, proſpicere potuit & debuit fieri poſſe, vt
locatoris ius finiretur ante tẽpus conditionis impletum, eóque caſu futurũ,
vt ipſam quoque conductionem finiri neceſſe eſſet. Multóque minùs illud
dici poteſt, arctandum eſſe eum qui in beneficio ſuccedit vt vltimi poſſeſſo-
ris heredi caueat de indemnitate, cùm in beneficio aut beneficij fructibus nul-
lum ius heredi reliquum ſit, cuius prætextu poſſit habere retentionem ad
eiuſmodi cautionẽ extorquendam, dominium namque beneficij penes eccle-
ſiam ſemper manet, libera autem adminiſtratio, iúſque percipiendorum fru-
ctuum, ſicut in prælati perſona finitur ipſius morte, ita & nouo ſucceſſori ac-
quiritur ex quo die incipit ius in beneficio habere. Et hæc quidem de præ-
lato contra Molinæum dicta ſint. De locatione † verò per eum facta qui 7
heres inſtitutus, & de reſtituenda hereditate rogatus eſſet, alius tractatus eſt
an colonum expellere fideicommiſſarius poſſit. De quo tractant ex noſtris
nonnulli ad *leg. poſtulante* §. 1. D. *ad S. C. Trebell.* Aptanda autem quæſtio
eſt ad eum caſum, quo heres rogatus ſit hereditatem reſtituere non purè,
ſed poſt diem vel ſub conditione, vt ante moram locatio per heredem facta
reperiatur. Alioqui fideicommiſſario nocere proculdubio non poſſet quod
heres poſt moram & nullo iure feciſſet. Ego, vt citiùs expediam ſic ſtatuo,
fideicommiſſarium † cui reſtituta eſt ex fideicommiſſo hereditas cùm in o- 8
mnibus & per omnia heredis dominíque loco eſſe intelligatur cogi nõ poſ-
ſe ab eo qui cum herede contraxit vt ratam faciat locationem. Nam facta
reſtitutione hereditatis fideicommiſſariæ, non minùs iuris habeat in rebus
omnibus hereditariis, quàm ſi heres ipſe eſſet, cùm ſit heredis loco, nec
quicquam impediat quominus heres verè ſit & dicatur, quàm quod fieri ne-
queat, vt vel qui heres eſt deſinat heres eſſe, vel vni duo in ſolidum ſint he-
redes. Hoc ipſum verò quod dicimus, eſſe illum heredis loco, non hunc ſeq-

Digitized by Google

ſuum habet vt in ipſius heredis locum & iura ſuccedat, ſed ſic potiùs accipiendum eſt, vt ac ſi heres verè fuiſſet, in omnia defuncti iura ſucceſſiſſe exiſtimetur. Quemadmodum & quod dicimus actiones omnes quæ & heredi & in heredem competebant, transferri ex Trebelliano ſenatuſconſulto in fideicommiſſarium, ad hereditarias duntaxat actiones pertinet, non etiam ad eas quas heres ſibi proprias quæſiit facto ſuo poſt aditam hereditatem. Cui conſequẽs eſt vt actio ex conducto quæ colono dari potuit aduerſus heredem eundémque locatorem, non perinde ipſi danda ſit contra fideicōmiſſarium qui neque locauit, neque locationi per heredem initæ aut expreſſim aut tacitè conſentiit. Sed an conductori heres tenebitur? vtique quia licèt potuerit conductor præuidere futurum fortaſſe vt ante finitam locationem reſtituenda eſſet hereditas ab herede, ius tamen heredis non finitur per hereditatis reſtitutionem, cùm nihilominus maneat heres, ideóque nihil imputari ei poteſt qui heredis perſonam bona fide ſecutus ab eo cōduxit, præſertim ſi de fideicommiſſum ſub ea conditione relictum fuit, quę ſicut euenire potuerit, ita & non-euenire, imò heredi potiùs imputari poteſt cur in tam longum tempus locauerit, aut cur non ſuſpectam dixerit hereditatem: quo caſu haud dubiè non aliter cogi potuiſſet ad reſtituendam hereditatem, quàm ſi priùs ei de indemnitate cautum fuiſſet: *l. debitor* 59. *D. ad S C. Trebell.* Nam quemadmodum lucrum nullum ex hereditate manere debet penes eum qui inuitus adiit, ita neque damnum. Quod ſi fideicommiſſum non ſub conditione, ſed in diem certam relictum fuerit imputari magis poteſt heredi cur in id vſque tempus locauerit quod poſt reſtitutionem hereditatis futurũ eſſet, niſi proponas conductorẽ quoque cùm ad conductionem acceſſit fideicommiſſi formam non ignoraſſe. Eſſet enim quod ei potiùs imputaretur cur in tam longum tempus conduxiſſet, nec proinde aduerſus locatorem ſuum regreſſus illi vllus dandus eſſet *arg. dict. l. ſi quis domum* 9. *§.* 1. *D. locat.*

ERROR SEPTIMVS.

De retentione rei locatæ quæ fuit obligata conductori.

SVMMARIA.

1 *Res conductori ſiue ſpecialiter, ſiue generaliter obligata poteſt ab eo retineri quoad nouus rei dominus indemnitatem ei præſtiterit, ſi eam conſequi quàm in conductione ſtare malit.*

2 *Specialem ad id rei conductæ obligationem neceſſariam non eſſe contra Papon. & Imbertum.*

3 *Hypotheca ſiue generaliter ſiue ſpecialiter conſtituta ea vis eſt, vt locationis ab alio factæ ſucceſſor præciſe ſtare compellatur, contra Molinæum.*

4 *An & quatenus lui poſſit pignus rei locatæ ſiue à locatore ſiue ab eius ſucceſſore & nu. 6.*

5 *Pignoris conuentio ſubiecta pacto de non alienando, aut de retrouendendo cur non poſſit impedire alienationem.*

7 *Locationis ius ſingulare.*

8 *Alius Molinæi & pragmaticorum error.*

1 SAEPIVS jam à nobis dictum eſt, conductorem † qui cum vero domino contràxit, ſi rem ipſam conductam ſiue ſpeciali, ſiue generali pignoris conuentione obligatam habuerit, non poſſe ab empto-

ab emptore alióue quolibet nouo domino expelli, niſi præſtita prius per expellentem indemnitate, ſi indemnitatem conſequi quàm in conductione ſtare malit, in eámque rem habere tamdiu ius retentionis. In quo ab iis diſſentimus, † qui putant ſpecialem rei conductæ obligationem neceſſariam eſſe: quam ſententiam ſequitur Paponius in ſyntagmate Areſtorum, & Imbertus in Enchiridio. Cum enim pignoris conuentio ea tantùm ratione conductorem tueatur quod ei det ius in re ipſa quæ conducta fuit, an non perinde habet ius in re qui generaliter bona debitoris omnia, atque qui ſpecialiter eam rem pignori accepit? Atque in eo ſequimur Caroli Molinæi ſententiam in *Conſuet. Pariſ. tit. 1. §. 30. num. 110.* At non in eo ſimiliter quod idem ille negat eam† hypothecæ ſiue generaliter, ſiue ſpecialiter conſtitutæ vim & poteſtatem eſſe debere vt locationi ab alio factæ ſucceſſor præciſè ſtare compellatur, contra quàm reſponderit Socin. *conſ. 90. lib. 4.* Nam quod Molinæus diſputat ex pignoris obligatione, quæ non niſi acceſſoria eſt, principalem obligationem ampliari nullomodo poſſe, ad rem nihil pertinet. Neque enim ampliabitur principalis obligatio, quamuis ita ius conſtitutum ſit, vt hypothecæ adiectio præciſam inducat ſeruandæ conductionis neceſſitatem. Siquidem is ipſe qui locauit, & hypothecam conſtituit haud dubiè in id præciſè obligatus eſt, vt locationi à ſe initæ ſtare debeat, nec audiendus ſit ſi quanti conductoris intereſt ei offerre quàm præſtare patientiam malit. Cur non enim contractum à ſe geſtum implere debeat quem ſola patientiæ præſtatione implere poteſt? Aut cur ei contra factum proprium inuito aduerſario venire concedamus? Si aliquid facere cogeretur, poſſes cum Molinæo dicere, in locum obligationis faciendæ ſuccedere præſtationem eius quod intereſt ex *l. ſi quis ab alio 13. §. vlt. de re iudicat.* quam vnam Molinæus adducit, at pati duntaxat non etiam facere quicquam debet, eáque nimirum præcipua ratio eſt qua moueor vt exiſtimem, ſucceſſorem præciſè cogendum vt ſtet colono, qui rem ipſam conductam habet ſibi obligatam: Nam ius conſtitutæ hypothecæ quod in re ipſa eſt, ſicuti rem ipſam ſequitur quocumq; ierit, ita & facere debet vt nõ alio iure poſſit res eſſe penes nouũ ſucceſſorẽ quàm quo fuit penes locatorem. Idque certè verũ eſſe quãdiu ius pignoris, & hypothecæ durat nemo negauerit. Sed obiicies fortaſſe pignoris cuiuſlibet naturam & conditionẽ illam eſſe vt lui quandocunque poſſit oblato omni eo, quod debetur, ſi nihil niſi ipſa pignoris obligatio ſpectetur. Nihil autem aliud eſſe quod ſpectari poſſit quando agitur aduerſus ſucceſſorem, cùm ex propria perſona non ſit ille conductori obligatus. Fateor: ſed hoc contendo† tum etiam cùm agitur contra locatoris ſucceſſorem ſi quæratur de luendo pignore, ac proinde quid & quantum debeatur non aliud in principali obligatione poſitum videri debere, quàm ſi contra locatorem ipſum ageretur. Non enim ex perſona poſſeſſoris immutari poteſt conditio principalis obligationis vt nec ipſius pignoris. Idipſum agitur à locatoris ſucceſſore præſtandum eſt ad luendum pignus, quod ab ipſo locatore præſtari oporteret. Atqui conſtat in perſona locatoris qui ipſe contraxerit, & contrahendo ſe ita obligauerit ad patientiam præſtãdam, vt ne quidem pleniſſima eius quod intereſt obligatione poſſit ſe liberare, tale ius eſſe vt luendi pignoris aliud ius nullum habeat, niſi vt conductorem frui patiatur, quandoquidem ea ipſa fruendi patientia, vt diximus, in principali obligatione eſt: Alioqui pignus à locatore datum in vtilitatem & gratiam con-

ductoris, principalem obligationem minueret, quam ſi non augere & ampliare ſaltem confirmare debuiſſet. Faciet ergo pignus à locatore conſtitutum, vt locatoris ſucceſſor ſingularis, quiſquis ille erit perinde obligetur non perſonali quidem vinculo, ſed tanquam poſſeſſor pignoris ad patientiam præſtandam atque ſi ipſe locaſſet, quia perſonalis obligatio licèt tota ex contractu æſtimetur, nec ſequatur fundi poſſeſſorem *l. vlt. §. 1. D. de cont. empt. l. 1. § ſi heres. D. ad S.C. Trebell.* tamen dat legem pignori cuius poſſeſſio obligat poſſeſſorem: abſurdum fuerit & aliâ meliore conditione pignus lui poſſe per ſucceſſorem locatoris quàm per ipſum locatorem. Nec eſt contrarium quod ſecundo huius Decadis capite docuimus, pignoris conuentio-
5 nem † ſubiectam pacto de non alienando, aut de retrouendendo non poſſe impedire alienationem. Id enim ratione illa fieri diximus, quod qui promiſit ſe tibi retrouenditurum aut non alij quàm tibi rem ſuam venditurum, ſi contra faciat non ad aliud teneri poteſt quàm vt præſtet tibi quanti tua intereſt ab eo contrà factum non fuiſſe, cum non ſit præciſè ad hoc obligatus vt tibi vendat aut retrouendat, quoniam facti obligationes illæ ſunt, in quo obligationum genere, quod iam toties inculcauimus receptum eſt & conſtitutum, vti ne quis præciſè cogi poſſit ad factum quod citra vim & impreſſionem fieri non poſſet, ſed in locum facti ſuccedat præſtatio eius quod intereſt *d. l. ſi quis ab alio 13. § fin. D. de re iudic.* Itaque ſi eo caſu tractetur de luendo iure pignoris & hypothecæ ſiue per eum ipſum qui hypothecam cõſtituit, ſiue per per eius ſucceſſorem, ſoluitur vtique idipſum quod in principali obligatione eſt cùm id quod creditoris hypothecarij intereſt præſtatur: at in propoſita quæſtione de re locata conductori obligata, principalis obligatio non in faciendo verſatur, ſed potiùs in non faciendo, id eſt in præſtanda patientia, quæ quoniam hoc ipſo præſtatur quod nihil fit cõtra con-
6 uentionem, præciſè ſanè præſtanda eſt, nec † proinde quantacumque pecunia lui poteſt pignus quod in eiuſmodi præciſæ obligationis cauſam datum eſt, ſi conductor locationem ſtare malit, quàm quanti ſua intereſt accipere. In
7 eóque ſingulare † ius eſt locationis, quemadmodum habet illa proprio quodam iure vt locator non ad faciendum aliquid, ſed tantùm ad patientiam præſtandam conductori obligetur, vt ei liceat frui re conducta. Quod cùm ita ſit, multò minùs ferendus eſt alius pragmaticorum error, quem ſupradi-
8 cto loco idem Molinæus † refert probátque, vt colonus cui obligata res eſt, retentionis ius habeat pro adiudicatione duntaxat eius quod ſua intereſt, non etiam pro liquidatione & refuſione. Cur enim pignoris poſſeſſionem ei auferamus priuſquàm ſolutum ſit omne id quod debetur, aut eo nomine ſatisfactum? An non abhorret id à natura pignoris, itémque à ratione iuris, vt cui damus actionem, denegemus retentionem? Fateor non eſſe æquum, vt prætextu eius quod intereſt longior mora rei reſtituendæ fiat vero domino, ſi fortè colonus tergiuerſando in longiorem diem negotium trahat: eóque caſu aufferendam colono poſſeſſionem, præſtita tamen, vt fieri ſolet, ſatiſdatione de ſoluenda quantitate quam poſtmodum iudex taxaturus ſit, ſed ſi bona fide rem colonus gerat, nec quicquam ſit quod ei poſſit imputari, nego aufferendam ei poſſeſſionem rei obligatæ quandiu pignoris vinculum & obligatio ſubſiſtit.

ERROR

ERROR OCTAVVS.

Si locator qui rem locatam obligauit conductori aut in longum tempus locauit expellere conductorem inuitis de cauſis velit.

SVMMARIA.

1 Non permittendum eſt locatori ante finitum conductionis tempus expellere conductorem quamuis ei offerat quanti ex ea cauſa poteſt ipſius intereſſe.

2 Sententia eorum qui locatorem audiendum putant; eius ratio, & rationis refutatio.

3 Facta locatione, in debito locatoris eſt ipſa fruendi patientia.

4 Conductor cogitur ſtare conductioni & cõuentam mercedem ſoluere, etiamſi nihil interſit locatoris.

5 Conductor qui in ſoluenda penſione moram biennalem contraxit hac ipſa de cauſa impunè expelli poteſt.

6 Quibus aliis caſibus conductor impunè expelli poſsit.

7 An caſibus enumeratis nu. 6. poſsit conductor impunè expelli, ſi pro contractus obſeruatione res locata conductori fuerit obligata.

8 Sententia quorundam pragmaticorum negans. vbi vera lectio l. 1. D. ſi ager. vectig. reſtituitur.

9 Oppoſita autoris ſententia.

10 Differentia inter fundos vectigales & non vectigales ratione iuris expellendi conductorem qui in longum tempus conduxit.

11 Quatenus plus iuris habeat is qui conduxit in longum tempus, quàm qui in immodicum

Vod proximo capite diximus, non eſſe permittendum †locatori vt ante finitum conductionis tempus expellat cõductorem quamuis ei offerat quãti ex ea cauſſa poteſt ipſius intereſſe, veriſſimum quidem eſt, ſed non tamen apud pragmaticos omnes in confeſſo. Sunt enim qui putẽt audiendũ † eſſe locatorẽ ſi paratus ſit præſtare quãti intereſt cõductoris. Illa potiſſimum ratione quod qui pignoris iure rẽ perſequitur, à rei perſecutione liberatur ſi qualiſcumque poſſeſſor debitum offerat, *l. Paulus* 13. D. *quib. mod. pign vel hypoth. ſoluit*. Sic enim Roll. à Valle *conſ. 6. nu. 10. & ſeqq. vol.* Sed ad hanc rationem iam reſpondimus, locatione† facta non quanti conductoris intereſt frui, in debito eſſe, ſed ipſam fruendi patientiam, vt quod ſine vi & impreſſione fieri cõmodè poteſt, cogatur præciſè pati locator, vt conductori liceat frui re conducta. Cur enim ei permittamus, vt ſine cauſa veniat contra proprium contractũ? Fateor poſſe conductorẽ ſi expellatur, aut quod idem eſt re conducta frui prohibeatur, agere ex conducto, & agendo conſequi quanti intereſt ſua *l. 1. §. 1. D. de ſuperfic.* Sed nego cogendum eum pecuniam accipere ſi ad id potius locatorem adigere velit vt locationi ſtetur preciſè ſicut è contrario dicimus inuitum conductorem † cogi ſtare conductioni & conuentam mercedem ſoluere, tametſi poſſit fieri vt nihil interſit locatoris, ſorte alio exiſtente, qui aut eadem, aut etiam meliore conditione ad conductionem accedere velit. Inuitos enim conductores aut eorum heredes tunc non eſſe retinendos dicimus, cùm locationis tempora iam ſunt impleta *l. inuitos* 11. *C. de locat.* Hàncque ſententiam probat apertè quod ſcriptũ eſt in *l. 3. eo.* his verbis, *ade quam te conductam habere dicis, ſi penſionem domino in ſolidum ſoluiſti, inuitam te expelli non oportet.* Nam quod quidam reſpondent tractari eo loco de conductore qui iam ſoluerit integram penſionem, quaſi

[margin: 1, 2, 3, 4]

plus iuris habere is debeat, quàm qui aut nihil aut partem duntaxat ſoluit, non puto ad rem pertinere. Quid enim referre poteſt, an conductor penſionem totam ſoluerit, an ſoluere ſit paratus? Niſi quod poſt ſolutionem factam nullus ſupereſt de anterioris temporis mora quærendi locus, de qua tamen
5 quæri poteſt quandiu facta ſolutio non eſt. Conſtat enim conductorem † qui in ſoluenda penſione moram contraxit, hac ipſa de cauſa impunè expelli poſſe, tum etiam cùm nominatim conuenit ne intra locationis tempora expelli conductor poſſit *l. quæro* 54. *§. 1. D. eod.* moram autem tunc ſaltem contractam videri, cùm biennio integro ceſſatum fuit *d. §. 1.* & *l. cùm domini* 56. *eod.* licèt cùm de iure emphyteutico agitur triennij ceſſatio requiratur *l. 2. C. de iur. emphyt.* quoniam nimirum plus iuris habet emphyteuta qui vtilis dominus eſſe creditur, quàm ſimplex conductor *l. 1. §. quod ait. D. de ſuperfic. l. 2. §. vlt. D. ſi ager vectigal.* Extra hanc cauſam moræ & ceſſationis biennalis expelli conductor non poteſt, præterquàm certis caſibus, de quibus in *d. l. 3. C. de*
9 *locat.* id eſt, niſi † dominus rem à ſe locatã propriis vſibus neceſſariã eſſe probauerit, aut corrigere domum velit, aut in ea re conductor malè verſari proponatur. His caſibus conſtat inter omnes conductorem expelli poſſe, & quidem impunè, id eſt, ita vt ne quidem quanti ob eam rem intereſſe conductoris poteſt, præſtare teneatur, ſed tantùm pro rata temporis remittere mercedem *l. ſi fundus* 33. *in fin.* iunct. *l. & hæc diſtinctio* 35. *D. eod.* Sed dubitatur tamẽ
7 à pragmaticis, an idem † dicendum ſit, ſi pro contractus obſeruatione, vt fieri
8 aſſolet, res locata conductori fuerit obligata. Sunt enim † qui ſic ſentiant, ſecuti Raph. Cuman. ad *l. ſi filiofamilias* 25. *§. vlt. D. ſolu. matr.* Diuerſitatis rationem illam afferentes quòd hoc caſu conductor ius habeat in re *ipſa*, proindéque eius retinendæ facultatem quouſque ſaltem pleniſſimam indemnitatem ſit conſecutus: vnde illud etiam eſt, quòd idem iuris conſtituunt ſi fundus vectigalis & emphyteuticarius eſſe dicatur, id eſt, in pertuum locatus ea lege, vt quandiu vectigal pendetur, tandiu neque ipſi qui conduxerit, neque illius ſucceſſori auferri res poſſit *l. 1.* (vbi ſic legendum eſt, reſtitutis verbis illis *tandiu & quandiu*, quæ tranſpoſita leguntur) *D. ſi ager. vectigal.* Imò etſi fundus non vectigalis locatus ſit, dum ne ad modicum tempus, id eſt vt vulgò interpretantur, quòd ſit minùs decẽnio. Nam & ei qui ad legũ tempus conduxit, vtilem in rem actionem Prætor dat verbis edicti *De ſuperficiebus*
9 *d. l. 1. §. quod ait ill. ti. De ſuperfic.* Sed mihi † ſententia hæc placere nullomodo poteſt. Neque .n. conuentio pignoris locationi ſubiecta facere poteſt vt durius obligetur locator quàm ſi rem conductam neque ſpecialiter, neque generaliter obligaſſet: ſed tantùm vt eo magis cautũ ſit cõductori in eũ caſum, quo perſonalem duntaxat actionem habiturus eſſet, ſi de pignore non conueniſſet. Atqui non teneretur locator expulſo conductori vllo ex quatuor ſuprad. caſibus, niſi ad faciendam mercedis remiſſionem, vt diximus. Non ergo magis teneri debet ob id ſolùm quod contractui adiecerit hypothecam. Alioqui obligatio illa pignoris, quæ non niſi acceſſoria eſt, plenior eſſet principali, & principalem ampliaret, quod abſurdũ docuimus in ſuperioribus. Cùm autem conductori ius aliquod in re tribuimus non propter conuentionem pignoris, ſed propter factam in longum tempus locationem, multò minùs dici poteſt prohibendum locatorem ne conductorem ſuum poſſit expellere, ſi fortè re ſua neceſſariò vtendũ habeat, aut reficere eam velit, aut impedire ne conductor ea malè vtatur. Tantò minùs enim fauorabilis eſt lo-

lis eſt locatio in longum tempus facta quàm quæ in modicum quantò grauiùs locatori futurum ſit,ſi re ſibi neceſſaria diutiùs carendum habeat,aut do mus refectionem in longius tempus differre,aut pati denique vt in re locata conductor diutiùs malè verſetur.Itaque nec illud credibile eſt eum qui in lõgum tempus locauit animo id agitaſſe, vt expellendi conductoris facultatem ſibi præriperet iis caſibus quibus alioqui ius haberet ipſius expellendi , ídque certiſſimi,iudicio meo,iuris eſt,in fundis † non vectigalibus qui ita colendi 10
dantur vt priuatim agros noſtros colendos dare ſolemus.Sed in vectigalibus facilè admittam aliud iuris eſſe, non ratione illa quam pragmatici adferunt quod pro iis conductor ius in re habeat(quæ ratio etiam fundis non vectigalibus dummodo locatio facta eſſet in longum tempus aut ſub hypotheca,con ueniret)ſed quia huiuſmodi fundorum proprium ius eſt vt expreſſam habeāt conuentionem de conductore nunquam expellendo,quandiu vectigal pende tur *d.l.ſi ager vectig*.Cuius conuentionis poteſtatem totam in eo elucere neceſſe eſt,vt nulla alia de cauſa expelli conductor poſſit,tametſi alioquin poſſet,ne aliter poſito iure eueniat vt inutilis ea conuentio ſit,nec plus operetur expreſſa quàm ſi expreſſa non eſſet.Siquidem in fundis quoque non vectigalibus ita obtinere iam dicimus vt ſi in ſoluēda penſione ceſſatum ſit,liceat lo catori expellere conductorem , ſufficiátque ceſſatum fuiſſe per biennium, non expectato triennio,quod in vectigalibus & emphyteuticariis hodie expectandum eſt poſt *d.l.2.C.de iur.emphyt*.Nempe,vt lex ait,cùm ſpecialis conuentio nulla de ea re interceſſerit,nam ſi conuenerit expreſſim,vt ob non ſolutam penſionem expelli conductor poſſit, ſufficit moram quamlibet in ſoluendo commiſſam fuiſſe, nec triennium expectatur. Et ſanè qui fundum in perpetuum locant hac lege vt quandiu vectigal pendetur tandiu conductoribus res auferri non poſſit , facere non poſſunt, quin ſiue ob vſus neceſſarios, ſiue ad rei refectionem præripiant ſibi expellendi conductoris facultatem. Cur enim locaſſent in perpetuum ſi in vſus ſuos neceſſarios eam habere aliquando voluiſſent?Planè cùm emphyteuta malè in re emphyteuticaria verſatur,non nego auferri ei rem poſſe etiam citra conuentionem,nimirum ex na tura contractus qui nec ob aliam cauſam initus eſſe intelligitur,quàm vt emphyteuta meliorem rem faciat non vt deteriorem:vnde & *meliorationis* contractus à pleriſque appellatur.An non ergo†plus iuris habebit is,qui condu- 1
xit in longum tempus quàm qui in modicum ? Minimè,quod ad hoc attinet vt à locatore expelli non poſſit.Neuter enim expelli poteſt,niſi ex iuſta cauſa: qua porrò interueniente perinde ille atque hic expelli poterit. Sed ſi locator eam rem in alium transtulerit ſiue per venditionem,ſiue per aliam quamlibet ſpeciem alienationis,plus vtique iuris habebit qui in decennium , quàm qui in triennium,aut quinquennium conduxit, nimirum, vt non poſſit expelli à ſingulari ſucceſſore,quia cùm ius in re habeat adeò vt in rem quoque actione experiri queat,multò magis danda ei retentio eſt,ex vulgata iuris regula *l, 1.§.is autem*.D.*de ſuperfic*.Scilicet,niſi ex iis cauſis,ex quibus poſſet expelli ab ipſo locatore,de quibus in *d.l.æde*.Nec enim poteſt durior eſſe conditio ſucceſſoris qui non contraxit,quàm futura eſſet ipſius locatoris qui contraxit.

Nihilque hac parte intereſt, an conductor ius in re habeat propter adiectam conuentionem de pignore,'An propter factam in longum tempus locationem.

ERROR NONVS.

Si ſingularis ſucceſſor ex iuſta cauſa expellere velit conductorem, cui res ipſa locata fuit obligata.

SVMMARIA.

1 Singularis ſucceſſor ex iuſta cauſa poteſt expellere conductorē cui res ipſa locata fuit obligata, et ambi ipſe locator non poſsit, ſi pragmaticis fides.

2 Expenditur relata pragmaticorum ſententia.

3 Conuentio pignoris non impedit quominus expelli poſsit conductor ab ipſo locatore, ac multò magis à ſingulari eius ſucceſſore, ſi iuſta adſit expellendi cauſa.

4 An iuſta illa cauſa aſtimari debeat ex perſona locatoris, an ex perſona ſucceſſoris.

5 Quo caſu locus ſit quæſtioni num. 4. propoſitæ.

6 Singulari ſucceſſore vxorem ducente ac inquilinum expellere volente, potiores inquilini partes eſſe debent.

1 DIVERSVS eſt hic tractatus à ſuperiore. Nam ex iis ipſis † qui putant non eſſe permittendum locatori qui rem locatam obligauit conductori, vt expellat conductorem, licèt ea cauſa interueniat quæ alioquin ad eum expellendum iuſta videri deberet, Non deſunt qui putent aliud reſpondendum eſſe in perſona eius qui ſingulari iure locatori ſucceſſerit, quaſi fauorabilior illius cauſa videri debeat, vel
2 ob id maximè quòd non contraxit. Quæ tamen ſententia † vel primo aſpectu ipſo falſa eſt. Si enim ſubiecta pignoris conuentio ſufficiens eſſet ad tuendum conductorem aduerſus locatorem, quidni prodeſſe etiam deberet aduerſus ſingularem quemlibet ſucceſſorem, cùm perinde vtroque caſu ius pignoris & hypothecæ afficiat rem ipſam de qua diſputatur? Siquidem ſemel conſtituto vtiliter pignore, nihil prorſus intereſt creditoris pignus habentis, ad quem aut quonam iure dominium transferatur: veréque tunc obtinet quod dici ſolet, cauſam pignoris cum cauſa dominij nihil habere commune. *l. 1. D. de pignor.* Etſi verò iam diximus, magis probari no-
3 bis contrariam ſententiam, vt conuentio † pignoris non impediat quominùs expelli conductor poſſit etiam ab ipſo locatore, ac multò magis à ſingulari eius ſucceſſore, quoties nullo adhibito pignore iuſta eius expellendi cauſa ſubeſſet, illa tamen adhuc ſupereſt, nec inelegans dubitatio, an iuſta il-
4 la † cauſa ex perſona ipſius locatoris æſtimari debeat, an ex perſona ſucceſſoris. Finge donatarium aut emptorem de ducenda vxore cogitare, ex eáque cauſa locatis ædibus neceſſariò egere, An conductorem expellere poterit, quemadmodum poſſet ſi ipſe locaſſet? An expectandum erit vt locator qui eas ædes donauit aut vendidit, nuptias ineat, vt expellendi conductoris ius præbeat emptori vel donatario, nullum alioquin habituro? Conſequens autem videtur ſuperioribus, vt idem ius obtineat, in perſona ſucceſſoris quod in perſona locatoris, idipſúmque conſtituatur pro ſucceſſore, quod conſtituendum eſſet ſi ipſe locaſſet: cùm non potuerit locatio, quantumuis pignore ſubnixa, facere quominùs liberum domino fuerit rem ſuam alinat, ſatiſque conductori eſſe debeat, quod non alia eius conditio ſit propter alienationem à locatore factam, quàm ſi à locatoris ſucceſſore conduxiſſet. Ob-
5 ſeruandum autem eſt non alio † caſu poſſe huic quæſtioni locum eſſe, quàm quo velit dominus expellere conductorem ob eam cauſam quòd re locata

ipſe

Digitized by Google

ipſe egeat in neceſſarios vſus. Nam ſi agatur de conductore ob id expellendo, quòd in ſoluenda penſione per biennium ceſſauerit, aut quo domus reficienda ſit, aut denique quòd malè conductor verſetur in re locata, nemo dubitat quin nihil prorſus interſit an locator dominus ſit, an alius qui à locatore cauſam habeat, quandoquidem huiuſmodi cauſæ expellendi conductoris aut ex re ipſa, aut ex conductoris perſona proficiſcuntur. Sed cùm in vſus proprios fruendæ rei neceſſitas emergit, quemadmodum alia locatoris perſona eſt, alia ſucceſſoris, ita & alia neceſſitas, quæ ex locatoris perſona occurrit, alia quæ ex perſona ſucceſſoris, vt cernere eſt in exemplo illo quod attulimus, De emptore aut donatorio vxorem ducente, cùm forte locator ipſe aut vxorem iam tum duxiſſet cùm locauerat, aut ducturus nunc non eſſe. Illud autem ſuadere potiſſimùm videtur vt locatoris non noui ſucceſſoris perſonam ſpectari oporteat, quòd fieri poteſt vt conductor cùm ad ineundam conductionem acceſſit, cogitauerit ſibi rem eſſe cum eo, qui iam tum ducta vxore aut nunquam, aut non tam facilè poſſet in proprios vſus ædibus locatis indigere, quàm ſi nullam dum vxorem eo tempore habuiſſet. Nam quemadmodum is qui iam ipſo locationis tempore vxorem habuit non poteſt prætextu matrimonij conductorem expellere, propterea quòd de nouo cauſam emergere neceſſe eſt, quæ expellendi conductoris ius præbere poſſit *arg. l pen. D. de iur. dot.* Ita qui cum alio contrahit nullam dum coniugem habente, faciliùs præuidere poteſt & debet, fieri poſſe vt aliquando vxorem ducere locator velit, ex eáque cauſa egeat in proprios vſus re locata. Proinde non eſt quod de alio quàm de ſe ipſo conqueratur ſi hac de cauſa illum expellere locator velit. Quod non ſimiliter dici poteſt, ſi locator qui vxorem habuit, rem ſuam alienauerit in eum qui mox ſibi vxorem quærat. An enim potuit conductor præuidere aut potiùs diuinare hoc futurum? Quid verò abſurdius quàm ſemel conſtitutam obligationem in perſona contrahentis, ex perſona ſucceſſoris poſteà immutari, ſiue vniuerſalis, ſiue ſingularis ſucceſſor proponatur? Atqui multò abſurdius illud fuerit expelli conductorem à locatoris ſucceſſore ob euentum qui in perſona locatoris contigerit, poſt alienatum rei locatæ dominium in eum qui non egeat re conducta in proprios vſus. Cur enim ſpectemus perſonam egentis qui non ſit dominus, aut domini qui re ſua non egeat? Ergo cùm vtrumque concurrere neceſſe ſit, concludo quod ante me fortaſſis nemo dixit, ſingulari † ſucceſſore vxorē ducente, ac inquilinum expellere volente, potiores inquilini partes eſſe debere, ne alioquin eueniat vt durior facta ſit eius cōditio per alienationem rei locatæ, idémque obtinere, etiamſi in perſona locatoris repentinus matrimonij caſus emerſerit, propterea quòd nihil amplius interſit locatoris alienata re illa qua in proprios vſus alioqui indigere poſſet, ſicut nec intereſt donatarij aut emptoris, quòd locator vxorem duxerit. Ergo neq; à locatore expelli poterit, neq; à ſingulari locatoris ſucceſſore: Nec ſolùm ſi qua hypotheca cōtracta ſit, ſed etiamſi nulla: quia hypothecæ adiectio non illa eſt quæ expellendi conductoris ius auferre poteſt, ſed bonæ fidei ratio quæ certis caſibus hoc locatori ius tribuit, iis videlicet quibus veriſimile ſit id actum fuiſſe inter contrahentes, bona fide interpretationem hanc ſuggerente. Denique quoties de conductore expellendo, vel non expellendo tractatur, quod ad locatorem pertinet nihil intereſt an de pignore conuenerit, necne: Quod ad ſingularem verò ſucceſſorem, tum demùm intereſt cum non alia de cau-

ſa colonum expellere vult ſucceſſor, quàm quòd alius non ipſe contraxerit: Si enim alia iuſta cauſa ſubſit coloni expellendi, non poteſt fieri aut facta videri durior conditio locatoris, aut alterius cuiuſlibet, qui in locatoris iura ſucceſſerit ob ſolam pignoris conuentionem incertam.

EERROR DECIMVS.

De eadem re pluribus ſeparatim locata, vel vendita, vel obligata.

SVMMARIA.

1 *Eadem re pluribus ſeparatim locata, cuius conductoris potior cauſa eſſe debeat, priorisne an poſterioris.*

2 *Variæ de propoſita quæſtione pragmaticorum ſententiæ.*

3 *Si eadem res pluribus ſeparatim vendita ſit, præfertur is cui prior res tradita eſt, licet poſterior emerit.*

4 *Ratio cur præferatur is cui priùs res tradita eſt.*

5 *Locationem conductionẽ hac in parte malè æquiparari emptioni venditioni.*

6 *Rectiùs verò comparari pignori & hypothecæ.*

7 *Eadem re pluribus obligata ſeparatim, præferendus eſt is qui prior conuenit de pignore, non cui priùs tradita res fuit, aut qui prior de hypotheca vendenda conuenit.*

8 *Ex eo quod etiam cùm venditio à nõ domino, facta eſt, præfertur ex emptoribus is cui res priùs tradita eſt, non ſequitur, vt præferendus ſit ex conductoribus is cui priùs res tradita fuit, & cur.*

9 *Qui à non domino bona fide emit, Publicianam habet aduerſus extraneum quemlibet poſſeſſorem; & quis ſit eius actionis effectus.*

10 *Si plures ab eodem non domino pignus acceperint, debet is præferri qui prior factus eſt poſſeſſor.*

11 *Pignoris datione nihil aliud agitur, quàm vt res ipſa obligetur, non perſona dantis quæ iam obligata eſt: at in venditione agitur vt perſona venditoris, non vt res ipſa obligetur.*

12 *Si à diuerſis non dominis plures pignus accipiant, melior eſt conditio poſſeſſoris, non eius qui prior conuenit de pignore: in quo differt pignus ab emptione.*

13 *Ratio proximè relatæ inter pignus & emptionem differentiæ.*

14 *Aduerſus extraneos etiam vitioſa poſſeſſio prodeſt.*

15 *Emendatio l. ſi ea res. 31. §. vlt. D. de act. empt.*

16 *Si ex pluribus emptoribus vnus emerit à domino, alius non domino, indiſtinctè præferendus eſt is qui à domino emit, etiamſi non ſit ei res tradita à venditore.*

17 *Reuocatur quod dictum eſt ab autore in Coniecturis de ſententia clauſulæ d. §. vlt. l. 31. de act. empt.*

18 *Refellitur ſententia Rolandi à Valle ſtatuentis ita demum præferendum eſſe poſteriorem emptorem cui priùs res tradita eſt, ſi venditionem priori factam ignorauerit.*

19 *Errare pragmaticos ſtatuentes præferendum eſſe primum emptorem cui res primùm fuit vendita cum hypotheca, etiam ſine traditione.*

20 *In obligatione omnium bonorum venditoris non videri comprehenſam rem quæ vendita eſt, & cur illud.*

21 *Pignore ab initio in re vendita inutiliter conſtituto, non eſt permittendum priori emptori, vt hypothecariam aduerſus poſteriorem exerceat.*

22 *Non eſſe admittendam eorum ſententiam, qui primum conductorem omnimodo præferunt.*

23 *Expenditur exceptio pragmaticorum, qui præferendum aiunt poſteriorem conductorem cui res tradita eſt, niſi obligata fuerit res priori conductori.*

24 *Differentia inter venditionem & locationem.*

25 *Reſponſio autoris ad quæſtionem ſuprà num. 1. propoſitam.*

EST quidem hæc quæſtio prorſus aliena ab inſtituto tractatu de
pacto retrouendẽdi, ſed tamen ad proximas quoque quæſtiones
pertinens, De colono expellendo, vel retinendo. Poteſt enim 1
fieri vt qui † rem ſuam alteri locauit, eandem poſtmodum non
vendat quidem; ſed locet alteri, fortè maiorem penſionem offerenti, quo
caſu perinde dubitari poteſt an priorem conductorem expellere poſterior
poſſit, an verò potior eius cauſa eſſe debeat qui tempore prior reperitur. 2
Non deſunt † qui primo conductore reſpondeant, adeóque tametſi ſecun-
do tradita res proponatur: inter quos Iaſon eſt ad *l. quoties* 15. *C. de rei vin-
dicat.* Non deſunt etiam qui pro ſecundo, poſt Alex. quem refert Cotta in
Memorab. in verb. *locatio*. poſterioris huius ſententiæ præcipua, imò tota
ratio pendet ex emptionis & conductionis ſimilitudine atque adfinitate.
Conſtat enim, iiſdem ferè iuris regulis venditionem & locationem, itém-
que emptionem & conductionem conſiſtere, vt ait *l. 2. D. locat.* In vendi-
tione † autem & emptione ita comparatum eſſe vt ſi eadem res pluribus ſe- 3
paratim vendita ſit, præferatur is cui priori tradita eſt, licèt poſterior eme-
rit *d. l. quoties. l. ſiue autem 9. §. ſi duobus.* D. *de Publician. in rem act.* Sed aper-
tiſſima diſſimilitudinis ratio eſt. Nam in vindicatione idcirco conſtitutum
eſt, vt is † cui primùm tradita res fuit præferatur, quòd licèt venditio ſolo 4
conſenſu perficiatur, ſicut & locatio, dominium tamen ex ſola venditione
non transfertur, non magis quàm ex pacto nudo, ſed tantùm per traditio-
nem & illius emptionis & venditionis cauſa ſubſecutam. §. *venditæ Inſtit. de
rer. diuiſ. l. traditionibus* 20. *C. de pact.* Proinde † quoties de dominio inter 5
plures emptores qui ſeparatim emerunt contenditur, non poteſt eſſe non
potioris cui priùs res tradita eſt, cùm ſolus ille ſit in quem dominium tranſ-
latum fuit, manente tamen venditore obſtricto emptori non ſolùm crimi-
ne ſtellionatus, *l. 3.* D. *de crimin. ſtellion.* ſed etiam actione ex empto in id
omne quod intereſt primi emptoris, cui ex conuentione tradere rem debue-
rat quam vendidit & tradidit ſecundo. At in locatione & conductione non
id agitur vt dominium in conductorem transferatur, nec ſi id expreſſim a-
gatur, fieri tamen vnquam poſſit, quia titulus conductionis non eſt iure ci-
uili habilis ad dominiũ transferendum, & traditio quæ ex ea cauſa fit, quod
ad dominij tranſlationem pertinet, nuda eſt & iniuſta, & conſequenter non
poteſt eſſe efficax ad hoc vt dominij tranſlatio inducatur, *l. numquam nuda*
31. D. *de acquir. rer. domin.* Quid ergo intereſſe poteſt an conductori primo
aut ſecundò tradita ſit rei poſſeſſio, nécne, cùm ſolo conſenſu contractus is
perficiatur, neque traditionem vllam requirat ne quidem ad effectum & im-
plementum, ſed tantùm vt locator præſtet patientiam? Itaque rectiùs videa-
tur locatio & conductio † cõparari poſſe pignori & hypothecæ, quia licet pi- 6
gnus non niſi re & traditione contrahatur quatenus ab hypotheca diſtin-
guitur, quæ ſolo conſenſu perficitur, tamen ſtatim atque conuenit de pigno-
re, conſtat obligationẽ eſſe contractam, & pignoris vinculo rem obſtringi,
vt non tãtùm aduerſus creditorem, ſed etiã aduerſus quemlibet poſſeſſorem
hypothecaria exerceri poſſit. Ob idque nimirum placuit eadem re † pluribus 7
ſeparatim obligata præferẽdum eſſe eum qui prior conuenit de pignore, non
cui priùs tradita res fuit, aut qui prior de hypotheca vendenda conuenerit,
l. creditor 12. §. *vlt.* D. *qui potior. in pignor. hab.* Obiicies fortaſſe, ſi pro pragma-
ticis ſubtilem agere voles, in venditione quoque perinde vſuuenire poſſe

Digitized by Google

atque in locatione & pignore, vt de dominio trãsferendo tractari nõ opor-
teat, fortè ſi non dominus eandem rem pluribus vẽdidiſſe proponatur. Ne-
que enim dixerit per traditionẽ à non domino factam, dominium transfer-
ri poſſe, cùm traditio nihil amplius transferre debeat, vel poſſit ad eum qui
accipit, quàm ſit apud eum, qui tradit, *l. traditio* 20. *D. de acquir. rer. domin.* Et
tamen certum eſt, illo etiam caſu quo venditio facta ſit à non domino po-
tiorem eſſe ex emptoribus eum cui priùs res tradita eſt, *l. ſi ea res* 31. *§. vlt.* D.
de action. empt. Quidni ergo, inquies, idem in locatione & conductione ſer-
uabimus, vt quamuis dominium ex ea cauſa transferri nequeat, is tamen cui
8 priùs tradita res fuerit, alij præferatur? Reſpondeo † hac in re perpetuò *diſſi-*
mile eſſe locationis & venditionis rationẽ, tùm etiam cùm vẽditio à nõ do-
mino facta eſt: quia quamuis hoc caſu non magis ex venditione quàm ex lo-
catione dominium transferri poſſit, venditionis tamen contractus talis eſt
ex quo poſſet dominium tranſire in emptorẽ, ſi dominus venditor fuiſſet, ac
tametſi nõ id agi ſoleat inter emptorem & venditorem vt res detur, hoc eſt
vt rei venditæ dominium omnimodo fiat emptoris, ſed tantùm vt vacua rei
poſſeſſio tradatur emptori, quoniam res quoque aliena vendi poteſt *l. rẽ alie-*
nam 28. D. *de contr. empt.* iũct. *l. ex empto* 11. D*e action. empt.* Agitur tamen per
conſequentias vt ſi vẽditor ſit dominus, transferat etiã cum poſſeſſione do-
minium quod habet, ideóque quoties emũt plures à nõ domino quẽ domi-
num eſſe arbitrantur, & bona fide, ratio iuris facit vt nõ ſolùm quod ad ven-
ditoris perſonã attinet, ſed inter ipſos etiam idem obſeruetur acſi à domino
emiſſent, id eſt, vt ſi fortè eius rei dominiũ vẽditori poſtmodùm acquiratur,
nõ magis dominij quæſtionẽ facere emptori poſſit, quàm ſi iã ipſo vẽditio-
nis tẽpore dominus fuiſſet *l. vindicantẽ* 17. D. *de euict.* Imò verò cogatur im-
plere venditionẽ, vt Paulus loquitur in *l. ſi quis alienã* 46. D. *de action. empt.*
id eſt, dominiũ quod venditionis tẽpore nõ habuit, nunc verò habet, trãsfer-
re in emptorẽ. Itẽ vt ſi inter emptores ipſos controuertatur, potior ſit is cui
priùs res tradita eſt, ſiue ab eodẽ, ſiue à diuerſis venditoribus emerint, quia &
præferretur ſi à domino emiſſent. Quinetiã, quod magis mirũ videri debeat,
habet † qui à nõ domino bona fide emit Publicianã aduerſus extraneũ quẽli-
9 bet poſſeſſorẽ, id eſt ſolo domino excepto *l. 1. l. penult. & paſſ.* D. *de public. in rẽ*
act. quæ actio licèt ſit prætoria, tamen ad inſtar vindicationis eſt, eũdémque
effectũ obtinet, vt qui à nõ domino emit bona fide, & in eo eſt vt vſucapere
poſſit, pro eo habeatur acſi dominus iã factus eſſet. §. *namque. Inſtit. de action.*
Quo exemplo idẽ quoque conſtitutũ videmus in pignore, vt quãuis nõ poſ-
ſit pignoris vinculo res obligari niſi à vero domino, *l. & quæ nõdũ* 15. *§. quod*
10 *dicitur.* D. *de pignor.* ſi tamen plures † ab eodẽ nõ domino pignus acceperint,
debeat is præferri qui prior cõuenit de pignore, nõ autem is qui prior factus
eſt poſſeſſor *l. ſi non dominus* 14. D. *qui potior. in pignor. habeant.* Nimirũ, quia
licèt re vera pignus nullum contractũ ſit, neq; cõtrahi potuerit, habet tamen
huiuſmodi falſum pignus veri pignoris imaginẽ, eodémq; proinde iure cen-
ſetur, ſicut & venditio à nõ domino facta eius venditionis naturã imitatur,
quæ à vero domino facta eſſet, tanto magis quòd ipſa quoque vera non fal-
ſa venditio eſt, præſertim cùm emptor ab eo quem dominum putabat eſſe,
comparauit, etſi nec aliud eſt ſi quis emerit mala fide ab eo quem dominum
non eſſe ſciuit, quia perinde venditio valet: quæ tamen bonæ & malæ fidei
diſtinctio vix cadit in perſonam creditoris pignus accipientis. Quis enim
tam

tam ſtultus ſit, vt ab eo quem dominum n oneſſe ſcit,pignus accipere,id eſt,
nihil prorſus agere velit?Nihil enim aliud agitur pignoris † datione,niſi vt 11
res ipſa obligetur, non vt perſona quæ pignus dat, quæque ipſa iam eſt obligata,
cùm perſonalem obligationem præcedere neceſſe ſit,vt pignoris quæ
acceſſoria eſt, ſequi poſſit:in venditione autem ex contrario id agitur,vt perſona
venditoris,non vt res ipſa obligetur. In eo tamen etiam quod ad propoſitam
quæſtionem pertinet, alia venditionis , alia pignoris ratio eſt:quòd
ſi à diuerſis † non dominis plures pignus accipiant, melior eſt conditio poſ- 12
ſeſſoris , non eius qui prior conuenit de pignore *d. l. ſi non dominus*. In
emptione verò nihil intereſt an ab eodem domino , an à diuerſis plures
emerint , ſed omnimodo præfertur is cui priùs tradita res fuit , *d.l.ſi ea res
31.§.vltim.De action.empt.*Hoc ideò,quia traditio †illa eſſet,per quam domi- 13
nium in emptorem transferri debuiſſet,ſi dominus venditor fuiſſet, ac quamuis
neuter ſit dominus, plus tamen præſtat venditor qui rem alienam vendit
& tradit,quàm qui non tradit,nec cogitur is,qui poſterior contraxit , & cui
priori tradita res eſt,vt primi emptoris intentionem excludat , obiicere de
non dominio venditoris communis , quia etiamſi venditor verè dominus
fuiſſet, non ideò tamen dominium ſine traditione in primum emptorē tráſtuliſſet.
Cùm verò tractatur de pignore à pluribus non dominis conuento,
ſicuti nulla ex pignoris cōuentione naſcitur obligatio , ita neque referre poteſt
vter priùs ab hoc aut ab illo pignus acceperit , párque omniū cauſa eſt,
licèt alius prior , alius poſterior contraxerit , quia præter conuentionem nihil
eſt quod creditori ius pignoris tribuere poſſit,quandoquidem nihil commune
habet traditio cum obligatione pignoris conſtituenda , quod diuerſum
eſt,cùm ab eodem non domino plures pignus acceperunt diuerſis temporibus,quia
is qui poſterior conuenit de pignore , licèt ſit etiam pòſſeſſor,
nō poteſt dicere datum pignus à nō domino quin ſe nullo iure pignus tenere
fateatur , & hoc ipſo quod pignoris ius ſibi adſerit, in eas ſe anguſtias vltro
cōiicit , vt nō alio iure cenſeri debeat , quàm quo eſſet ſi à vero domino
pignus datum fuiſſet : quo caſu haud dubiè qui prior eſſet tempore , potior
eſſet iure.At cùm à diuerſis nō dominis pignus conſtitutum eſt,poteſt quilibet
ex creditoribus aduerſarij intentionem eo iure elidere, quòd pignus à nō
domino non niſi inutiliter conſtitui potuerit, atque ita cùm par ſit omnium
cauſa,illud vnum relinquitur, vt melior ſit conditio poſſeſſoris. Id enim eſt
quod dici ſolet,aduerſus † extraneos,id eſt,qui nullum ius in re aut ad rē ha- 14
beant etiam vitioſam poſſeſſionem prodeſſe *l.vlt.*D. *de acquir.poſſeß.*Illud tamen
obſeruādum eſt,corruptum videri contextum † Neratij in *d.l.ſi ea res.* 15
*§.vlt.de act.empt.*in illis verbis,*is ex nobis tuendus eſt,qui prior ius eius adprehēdit.*Interpretatio
enim ſequitur ſtatim,*hoc eſt cui primùm tradita eſt.* Apparet
autem nullum ius in re adprehendere eum,qui emit & rem accipit à non
domino,ne traditio plus iuris in accipientem transferat , quàm fuerit penes
tradentem *d.L.traditio.*Vt taceam nō ſatis propriè dici ius adprehendi, vt nec
aliud quidpiam quod ſit incorporale. Itaq;nō dubito quin pro *ius eius* legendum
ſit *iuſtius*,vt quod ſequitur *adprehendit*,ad poſſeſſionem rei venditæ , nō
ad ius vllum referatur.Iuſtius enim adprehendit poſſeſſionem is, cui res traditur
ab ipſo venditore,quàm qui propria autoritate eam occupat , licèt dominus
non ſit is qui tradit. Cui conuenit quod ſubiicitur *ſi alter ex nobis à
domino emiſſet,is omnimodo tuendus eſt.*Senſus enim eſt,ſi ex pluribus†empto- 16

Digitized by Google

ribus vnus emerit à domino, alius à non domino, præferendum indiſtinctè
eſſe eum qui à domino emit, id eſt, etiamſi non ſit ei tradita res à vendit or
Non quòd citra traditionem dominus fieri poſſit, ſed quia etiamſi dominus
non ſit, iuſtiùs habet poſſeſſionem rei emptæ à domino qui eam occupauit
propria autoritate, quàm qui traditam accepit à non domino venditore.
17 Quod non † ſatis benè à nobis perceptum erat cùm aliquo Coniecturarum
noſtrarum loco ſcribebamus debere Neratium ita intelligi, vt qui à domino
emit, ita demum præferatur, ſi traditio ſit ſubſecuta. Toties enim tradi-
tio requirenda eſt, quoties aut de dominio inter emptores contenditur qui
à domino emerint, aut par omnium emptorum cauſa eſt quòd à non do-
mino, ſiue eodem, ſiue alio atque alio compararunt, non etiam cùm à domi-
no vnus emit, alius autem à non domino. Semper enim tuendus eſt, ſcilicet
in cauſa poſſeſſionis non dominij is qui à domino emit, licèt non per tradi-
tionem ab eodem domino factam, ſed propria autoritate poſſeſſionem na-
ctus ſit, quia iuſtiùs poſſeſſionem adprehendiſſe intelligitur. In cauſa dominij
neuter tuendus eſt & præferendus, quia neuter dominus eſt. Sanè quod pra-
8 gmatici volunt ex pluribus † qui à domino omnes emerint, ita demùm præ-
ferendum eſſe poſteriorem cui priùs res tradita eſt, ſi venditionem priori
factam ignorauit, quod & Rolland. à Valle reſpondit *conſ. 9. num. 27. lib.* 1. mi-
hi probabile fieri nullomodo poteſt. Non enim ſcientia poſterioris empto-
ris facere queat, ne per traditionem à vero domino factam dominium tranſ-
feratur in accipientē: quantumuis induceret malam fidem poſterioris empto-
ris, quia nihil commune habet mala fides cum acquiſitione dominij, *niſi cùm*
per vſucapionem acquiſitio fit, & mala fides ab initio interuenit. *Sed nec* in-
ducit hæc ſcientia malam fidem. Solet enim mala fides ex eo æſtimari, quòd
quis ſciat rem eſſe alienā *l. bona fidei* 109. *de verb. ſignif.* Is autē de quo tracta-
mus licèt ſciat eam rē quam ipſe nunc emit, iā alteri venditā fuiſſe à vero do-
mino, tamen illud etiam ſcit, non eo minùs manere rem in dominio vēdito-
ris ſui quandiu traditio ſecuta non eſt, nec proinde alienam rē ſe cōparare quā
ab eo accipiat, qui & dominus ſit, & dominium, quod adhuc habet in acci-
pientem transferre velit, ſicuti dicimus non eſſe in mala fide creditorem qui
rei ſibi obligatæ alienationem ſcit & patitur, nec quicquam proteſtatur, ſi
modò expreſſim non conſentiat, quia ſciuit vtique ius ſuum durare, inquit
l. ſicut 8. *§. non videtur. D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* Cur ergo poſteriori
emptori imputabimus ſcientiam prioris venditionis, vt in mala fide hoc ipſo
conſtitui videatur, eum non eo minùs ſciat durare ius ſui venditoris? Nec mi-
nus improbabile illud eſt, quod iidē pragmatici vulgò † iactitant, præferen-
19 dum omnimodo eſſe primū emptorē cui res primū fuit vendita cū hypothe-
ca etiā ſine traditione. Secuti Iaſonē *conſ.* 5. *&* 6. *lib.* 1. & Thom. Ferrar. *cautel.*
48. incip. *ſi quis vendi. verſ ſecundum remedium*, quos refert Tiraquel. *de re-
tract. conuent. §. 3. gloſ. vnic. num.* 5. Nam vt idem Tiraquel. diſputat, nihil com-
mune habet cauſa dominij cum iure pignoris & hypothecæ, vt iam toties
diximus ex *l.* 1. D. *de pignor.* nec facere poteſt hypotheca rei venditæ, quo-
minus per eiuſdem rei traditionem, quæ à vero domino facta ſit, dominium
in ſecundum emptorem transferatur, quod & nos in ſuperioribus ſatis ſu-
pérque diſputauimus, præſertim in 2. *huius. Decadis errorem*, vbi probauimus
contra eiuſdem Tiraquelli ſententiam, nihil prorſus hac parte intereſſe, an
cum hypotheca interuenerit pactum, De non alienando néc ne: neutro enim
caſu

Digitized by Google

caſu dominij tranſlationẽ ex eo impediri poſſe. Quamquã nõ nego alienatio-
nẽ fieri nõ poſſe, niſi cum ſua cauſa, & conſequenter hypothecaria teneri po-
ſteriorẽ emptorem rei quæ iam fuerat priori obligata. Niſi quis tentare velit,
quod fortaſſe fuerit nõ improbabile, licèt à nemine adhuc obſeruatum, in ob-
ligatione† generali bonorũ omniũ venditoris nõ poſſe cõprehendi cã rẽ quę 20
vẽdita eſt, tametſi quãdiu nõ eſt tradita maneat in domino vẽditoris, ac pro-
inde obligari ab eo poſſit. Cur ita? Quia nec ſpecialiter obligari poſſet em-
ptori in cauſam eiuſmodi venditionis. Nam ſi dicimus inutile pignus eſſe
quod diſtrahi non poteſt, quantò magis inutile pignus eſt, quod debitor etiã-
ſi maximè velit, creditori tradere non poſſit? Hoc autem de quo tractamus
tale eſt, quia ſi rem illam venditam & obligatam venditor emptori traderet
dominium in emptorem transferret, atque ita efficeret, ne nouo domino res
ſua obligata eſſe poſſet, imò verò per eam traditionem ſatisfactum eſſet o-
bligationi tradendi, pro qua pignus datum fuiſſet. Sed etſi vltrò tradere nun-
quam vellet, tamen actio hypothecaria non ad aliud dari deberet, quàm ad
rem tradendam: qua porrò tradita nõ tam pignus reſtitutum quàm dominiũ
tranſlatum reperiretur. Nam ſi dicas non omnem traditionem habilem eſſe
ad transferendum dominium, ſed eam duntaxat quæ fit animo transferen-
di dominij, qualis illa non eſt quæ fit ex cauſa pignoris, reſpondebo tantò
apertiùs fieri conſequens, quod nos volumus, vt à venditore obligari ea res
emptori nullomodo poſſit. Ideò namque adhiberi ſolet vinculum pignoris
vt principali obligationi omnimodò ſatisfiat, obligatio autem eius qui ven-
didit alia nõ eſt quàm vt rem venditam tradat *l. ex empto* 11. D. *de act. empt.* li-
cèt in locum obligationis faciendi, quoniam traditio facti eſt, ſuccedat obli-
gatio eius quod intereſt, *l. 1. eod. l. ſi traditio* 4. C. *eod.* Proinde fieri non poteſt
vt tradat ex cauſa pignoris in venditione adhibiti, quin tradat eo animo, vt
obligationi venditi ſatisfaciat, & conſequenter vt dominum faciat empto-
rem, quandoquidem æquè facilè, & verò commodiùs poteſt traditio in eam
cauſam proficere, quàm in pignus. Denique nego fieri poſſe vt venditor tra-
dat emptori ex cauſa pignoris eam rem ipſam quam vendidit, & quam tra-
dere debeat ex cauſa venditionis, cùm pignus non niſi ad venditionem cor-
roborandam adhibitum proponatur. Quòd ſi pignus ab initio in ea re inuti- 21
liter conſtitutum fuit, apparet non eſſe permittendum priori emptori vt ſi
eadem res alteri ſit vendita, exerceat hypothecariam aduerſus ſecundum
emptorem, quam nec aduerſus venditorem exercere poſſet, ne alioquin eue-
niat vt deterioris conditionis ſit, qui à venditore comparauit quàm ipſe vẽ-
ditor. Etſi enim ratio illa quæ inutilem facit pignoris conuentionem ob per-
ſonam & obligationem venditoris qui tradere tenetur, deſinit locum habere
ex quo in alium emptorem tranſlata res eſt, nihilo tamen magis conuale-
ſcere poteſt pignus, quod ab initio non valuit, cùm pignorũ maximè cõuen-
tiones, & cæteræ omnes ex eo potiſſimùm tempore æſtimandæ ſint quo in-
terponuntur. Et hæc quidem de re pluribus obligata vel vendita dixiſſe ſuf-
ficiat. Ex quibus apparet quàm diſpar hac parte ſit locatio vẽditioni, & quàm
parum ſubtiliter faciant, qui exemplo eius iuris quod in emptoribus conſtitu-
tum eſt, præferunt primo locatori poſteriorem cui res à locatore priùs tra-
dita probetur. An ergo aliorũ ſententiam† ſequemur qui primũ conductorem 22
omnimodò præferunt, id eſt, quamuis locator rem locatã priùs tradiderit ſe-
cundo conductori? Multò minùs: quia licèt traditio, quæ fit ex cauſa locatio-

niſ,neque dominium,neque poſſeſſionem transferat in conductorem, inducit tamen implementum contractus,ſiquidem ad hoc tenetur locator conductori, vt præſtet ei licere vti frui re conducta,id eſt,vt vtendi fruendi patientiam exhibeat,quod vtique nõ meliùs facere poſſit quàm ſi eam rem ipſe tradat. Itaque quamuis prior contractus locationis ſolo cõſenſu perfectus fuerit, poſterior tamen præualet,cuius implementum præceſſit,quoniã fieri amplius non poteſt vt locator patiatur primũ conductorem vti frui ea re quã locator ipſe iam tradiderit ſecundo conductori. Vt verò prætextu perfectæ locationis liceat primo conductori agere cõtra ſecundum,& rei locatæ vſum ei prohibere,multominùs fieri queat,quoniam quòd conſenſu perfecta prior locatio eſt,non ad aliud prodeſſe poteſt primo conductori , quam vt perſonalem ex conducto habeat actionem aduerſus locatorẽ cum quo cõtraxit,non etiam vt aduerſus ſecundum conductorem qui negotiũ ſuũ geſſit,quique iure com-
23 muni vtitur,etiamſi fortè ſciuerit priorem conductionem,an addemus † exceptionem quã interpretes & pragmatici omnes addunt,niſi proponas obligatam fuiſſe rẽ illam priori conductori? dubitationem facit , quòd quæ à nobis ſuprà ratio allata eſt,ne res vendita poſſit obligari emptori , videtur ſimiliter habere locũ in re locata,non quòd æquè per traditionem rei locatæ tranſlatio illa fiat dominij aut veræ poſſeſſionis in conductorem , ſed quia perinde dici poſſit pignus quod in cauſam tuendæ locationis datur,non poſſe tradi à locatore conductori,cùm ſi tradatur hoc ipſo principali obligationi ſatisfiat,proindéque pignoris obligatio finiatur. Nã cũ nihil niſi patientiã pręſtare locator debeat,an non plus quã patiẽtiam pręſtat,qui rẽ ipſam tradit? Hoc verò ſi ita eſt,conſequens fit non tantũ otioſas,ſed etiã ridiculas eſſe quæſtiones omnes à nobis ſuprà tractatas, de re locata obligata conductori,quem tamen diximus in eo plus iuris habere,quàm ſi pignus nullũ haberet,quod ab emptore expelli nullomodo poteſt. Sed negandum eſt, ſimilẽ eſſe hac parte condu-
24 ctionẽ emptioni. Nã cum † locator non ſolũ dominus maneat,ſed etiã poſſeſſor,ſiue patientiam nudam conductori pręſtiterit,ſiue etiam rem ipſam tradiderit,nihil prohibet quominus eandẽ rem alij poſteà vẽdere,aut donare poſſit ſi velit. Quod cum euenit & ab emptore aut donatorio colonus expellitur, qui nullum iuſ in re habet,ſola ei ſupereſſe poteſt ex conducto actio aduerſus locatorem,cuius proinde obligatio nõ poteſt videri fuiſſe finita per traditionem rei locatæ antea factã,quoniã obligationis illius poteſtas in eo eſt vt cõtinuam patientiã pręſtare locator debeat in totum tẽpus locationis, quod per vnicã traditionẽ fieri non poteſt cum per eã nihil de locatoris iure diminuatur. At in vẽditione & emptione aliud eſt. Cum enim de eo venditore loquamur,qui ſit dominus (alioqui de pignore per eum conſtituto tractari non oporteret) fieri nõ poteſt vt vẽditor tradat rẽ venditã, quin dominiũ eius trãsferat in emptorẽ. Dominio autẽ tranſlato quænam poteſt vẽditoris obligatio ſupereſſe,aut nunc extincta rurſum aliquando reuiuiſcere? Denique venditio ex parte venditoris qui dominus ſit vnica traditione impletur,& cõſequenter tota vẽditoris obligatio per traditionem diſſoluitur. Qua porrò diſſoluta pignoris obligatio ſupereſſe nulla poteſt emptori,in ea præſertim re quę ipſi iã ſit acquiſita pleno dominij iure,& in qua nihil omnino iuris reliquum fuerit
25 venditori,ad turbãdum emptorem ex die traditionis. Ergo vt totã † quæſtionem hanc tandem abſoluamus,vter ex conductorib. pręferetur? Cęteris parib. .i. ſi ab eo qui locãdi ius habuit,vterque cõduxerit, neutri verò res tradita ſit, neclum

necdum aut hic aut ille frui cœperit,præferetur ſine dubio is qui prior contraxit.Idémq; erit ſi ab eo qui neque dominus fuit,neque locandi ius habuit, vterque conduxiſſe proponatur.Sed ſi rès trádita ſit,quamuis poſteriori, ille præferendus erit quia in poſſeſſione eſt, & quidē iuſtè: niſi prior conductor ea re iam frui ſuo iure cœperat,licèt nulla per locatorē facta traditione. Cū. n. vt diximus patientiam præſtare dūtaxat locatorem oporteat, nec illud etiā exigamus vt rē tradat(in quo differt locatio à venditione)perinde credendus eſt locator impleuiſſe contractū ſi paſſus ſit conductorem propria authoritate adprehendere poſſeſſionē rei locatæ,atque ſi eam ipſe tradidiſſet: Ideóque nec ſi poſteà eandem rem alij & poſteriori cōductori tradere velit, deteriorē ob id facere poteſt prioris conditionem.Neque ad hunc caſum accommodari poteſt diſtinctio illa quā in venditione adhibet Nerat. *in d.l. ſi ea res 31. §. vlt. de act. empt.* vter iuſtiùs adprehenderit poſſeſſionem, vtque iuſtius adprehenſa intelligatur poſſeſſio per eum cui tradita res fuit. Nam æquè iuſtè adprehendit poſſeſſionē conductor qui eam occupat propria autoritate, atque is qui per traditionem factā à locatore.Siquidem obligatus non eſt locator vt tradat,ſed tantùm vt conductorem frui patiatur:quod ipſum vtroque modo præſtat ſimiliter,ex quo demùm tempore cœpit cōductor re frui, non anteà. Qua ratione dicendum etiam eſt,ſi poſterior conductor cœperit prior re frui, licèt non ſit ea tradita res à locatore, adhuc tamen præferri eum debere, adeóque tametſi eam rem locator poſtmodùm tradat priori conductori, inſcio aut inuito poſteriore, quia vt poſterior omnimodo tuendus ſit,ſufficit in eius prioris gratiam ſecutum fuiſſe contractus implementum,ſiue per traditionem id factum ſit, ſiue per nudam præſtationem patientiæ,quoniam hoc caſu ipſa etiam nuda patientia pro traditione eſt.

ANTONII FABRI I. C.

DECAS VIGESIMAQVINTA.

ERROR PRIMVS.

De prorogando per ſupremum Principem tempore,intra quod ex conuentione retrouendi res debuit.

SVMMARIA.

1 *Quæſt. an ſi quid venditum ſit ſubiectū lege de eo intra certum tempus retrouendendo poſſit reſcripto Principis prorogatio temporis fieri,vt etiam poſt conſtitutum tempus redimere volens venditor audiatur.*

2 *Cagnoli ſententia affirmans.*

3 *Autoris de Cagnolo iudicium.*

4 *L. quoties 2. C. de precib. Imp. offer. ad reſcripta moratoria non pertinere,vt voluit Cagnolus.*

5 *Temporis prorogation. vel medio. [illegible]*

tori indulta, grande emptori præiudicium afferi contra Cagnolum.

6 *Quàm diuerſa ſit ratio reſcriptorum per quæ conſtituti ad redimendum temporis prorogatio inducitur, & eorum quæ debitoribus conceduntur ad differendam ſolutionis exactionem.*

7 *Cùm tempus ad redimendum conſtitutum venditor labi patitur, non tam finito tempore obligatio emptoris quàm ex conuentione nunquam nata fuiſſe intelligitur.*

8 *Fieri non poteſt vt huiuſmodi obligatio reſcripto Principis prorogetur: & nu. 28.*

9 *Conditionalis ſtipulatio ſiue promiſſio nihil eſt ante impletam conditionem, imò nec ipſa conditio quicquam eſt.*

10 *Pacto de retrouendendo ita concepto, ſi venditor intra biennium venditionis pretium emptori reſtituet, adiectio certi temporis non pertinet ad ſubſtantiam obligationis, ſed ad formam intrinſecam conditionis.*

11 *Conditionum omnium ea eſt natura indiuidua, & in forma ſpecifica impleri debeant: ideò ſi per prorogationem immutato tempore, mutatur quoque conditio.*

12 *Poteſt Princeps inducere obligationes, non tamen poteſt efficere vt ex contractu obligetur is qui non contraxit, aut ſub alia conditione quàm ſub qua obligare ſe voluit, obligetur qui contraxit.*

13 *Per huiuſmodi prorogationem temporis emptori iniuriam fieri, & nu. 27.*

14 *Refertur diſtinctio quam adhibent vulgares interpretes in quæſtione, an Princeps ius alteri quæſitum auferri poſſit.*

15 *Reiectio diſtinctionis.*

16 *Facilius admitti poteſt Principem dominium alij quæſitum auferre poſſe, quàm vt quemcumque qui non eſt obligatus obligare, aut ſub alia conditione, quàm ſub qua contraxit.*

17 *Error Cagnoli.*

18 *Pactum de retrouendendo nõ obſtat quominus dominium rei venditæ pleno iure & irreuocabiliter emptori quæſitum ſit.*

19 *Ex pacto de retrouendendo nihil niſi perſonalis obligatio eáq; conditionalis naſcitur.*

20 *Cagnolus verè ſtatuit non poſſe fieri prorogationem eo caſu quo tempus conuentionale iam totum præterierit.*

21 *Non poteſt dici prorogatio, cùm vnus ſtatuit terminum, alius verò prorogat, ſed cùm idem ſtatuit & prorogat.*

22 *Prorogatio nulla fieri poteſt niſi cum eadem ſolemnitate.*

23 *Quale ſit illud vulgò iactatum, Tempus prorogatum dummodo ante finẽ prioris, idem eſt cum priore.*

24 *Obiectio ex lapſu temporis intra quod venditor redimere potuit, nec redemit ius acquiri emptori, quo nondum quæſito Principem, qui ius quærendum facilius quàm quæſitum tollere poteſt, poſſe tempus redimendi prorogare.*

25 *Solutio, nihil acquiri iuris emptori ex eo temporis lapſu.*

26 *Venditorem qui tempus labi patitur, & occaſionem acquirendi omittit, non fieri pauperiorem.*

29 *Reſcripto Principis tempus redimendi non poſſe prorogari probari euidentiſſimè ex l. ſi à te. 7. C. de pact. int. empt. & vendit.*

NON fuit hæc quæſtio à prudentibus tractata, quorum nulli venire in mentem vnquam potuiſſet, vt de ea re dubitaret quæ tam certo & explorato iure niteretur. Sed pragmaticorũ & imperitiorũ interpretũ, ſiue audacia ſiue imprudentia, non ſolùm dubitationẽ nouã, & ad hęc vſq; noſtra tẽpora ferè inaudita inuexit, verũ etiã errorẽ pernicioſiſſimũ iam à nobis, ſi facere poterimus, profligandũ. Primus, quod ſciã, Hieron. Cagnolus ad *l. 2. C. de pact. int.*
1 *empt. & vend. quæſt.* 34. quæſtionẽ propoſuit, an ſi quid† venditum ſit ſubiecta lege de eo intra certũ tempus retrouendendo, poſſit reſcripto Principis prorogatio tẽporis fieri, vt etiã poſt cõſtitutũ tempus redimere volens venditor audiatur. Proponendæ autem quæſtioni cauſam vel potiùs occaſionem proculdubio dedit error pragmaticorum, qui iã tũ inualuerat apud Pedemontanos, eodẽ Cagnolo teſte, vt eiuſmodi reſcripta paſſim impetrarẽtur, & quod magis mirandum eſt, à ſuprema Pedemontanorum Curia admitterẽtur. Ne-
2 que verò Cagnolus† dubitat, quin admitti debeant, quaſi nec à iuris aut æquitatis ratione aliena, ſi modò, inquit, ante lapſa redimendi tempora impetrentur, nec niſi ad modicum tempus, quod ille definit eſſe duorum, triúmve menſium, aut ad ſummum ſemeſtre, ſi qua fortè prorogationis indulgendæ cauſa iuſtior interueniat ob repentinam & grandem calamitatem, quæ contigerit venditori. Tota autem Cagnoli ratio illa eſt, quòd ea prorogatio pro tam modico tempore modici ſit præiudicij. In eóque dilationum genere

quæ ius partis aut nihil, aut parum lædent, liberum ſit arbitrium Principis
ſupremi, an concedere velit, vel denegare ex *l.quoties 2.C.de precib.Imp.offer.*
quam ille vnam adducit, vt iam improbabilem nouámque ſententiam tuea-
tur. Fuit ille vir† minimè malus, nec eorum ſanè rudis & imperitus, quæ vul- 3
gares interpretes ſciunt omnes, ſed tamen in iuris principiis non ſatis feli-
citer eruditus, quomodo eſſe decebat eum qui iuris docendi artem profite-
retur. Quod aut† de *l quoties*, id primùm ridiculum eſt, & ab eius loci ſenten- 4
tia prorſus diſcrepans, vt ex ſequentibus apparebit. Non enim ad reſcripta
moratoria, quas vulgò *reſpirationis* literas pragmatici noſtri appellant, ea
lex pertinet, quod vulgò creditum eſt, ſed ad remouendas exceptiones di-
latorias, quæ negotij principalis differendi duntaxat, non etiam perimendi
vim habent. In quo ſanè vel nullum vel non niſi permodicum præiudicium
eſt eius contra quem tale reſcriptum impetratur. Sed illud multò magis ri-
diculum eſt, quod idem † Cagnolus contendit, nullius ſimiliter aut perexi- 5
gui ſaltem eſſe præiudicij emptori qui rem emerat ſub pacto de retrouen-
dendo intra certum tempus, ſi eius temporis prorogatio modica venditori
indulgeatur. Nam quod dici ſolet non magnum eſſe damnum in mora mo-
dici temporis, *l.ſi debitori 21.D.de iudic.l.quod diximus* 105.D.*de ſolut.* ad hunc
caſum non pertinet, in quo agitur de tollendo iure emptori quæſito, non ex
mora venditoris, ſed ex propria conuentione, cuius fructu & emolumento
priuari eum inuitum reſcripto Principis non oportet: ne iniuriæ occaſio in-
de proficiſcatur, vnde iura naſcuntur. Cur enim redimendi facultatem il-
lam pacto conceſſam, certo tempore coarctatam voluerunt contrahentes,
niſi vt appareret poſt id tempus elapſum, reliquam venditori nullam fore?
Ea ſiquidem adiectionis diei vis & poteſtas eſt, vt quod intra certam diem
fieri debuit, poſt diem fieri nullomodo poſſit, repugnante ſcilicet lege con-
uentionis, cui omnimodo ſtandum eſt cùm ab initio fuit iuſta, ídque non
ſolùm ea ratione, quòd ad tempus conceſſa poſt tempus à contrario ſenſu
prohibita cenſeatur, ſed ex natura & præciſa poteſtate temporis limitati,
vt loquitur Andr.Tiraq. De *retract.conuent.§.1.gloſ.2.à tel temps.num.*49. poſt
Baldum in *l.obſeruare.§.proficiſci.D. de offic.Proconſ.per l.ſicut in fi.C.de praſcr.*
30.*vel* 40.*annor.l.ſi vnus* 27.§.1.D.*de pact.l.ex facto* 43.§.*itē quaero.*D.*de vulg.*
& pupill.ſubſtit. Ex quo inferunt illi hanc eandem adiectæ diei vim eſſe, tùm
etiam cùm argumentum à contrario ſenſu procedere non poſſet; vt puta, in-
quiunt, in ſtatuto facto ad correctionem iuris communis. Adeò vt nec fa-
uor libertatis cōtrariam ſententiam poſſit inducere, licet nemo ignoret mul-
ta in fauorem libertatis contra iuris rationē vel cōſtituta eſſe, vel recepta. Nā
ſi ſeruo relicta ſit libertas ſub conditione rationum intra certum tempus red-
dendarum, & per ipſum ſteterit quominùs intra præſcripta tempora parue-
rit conditioni, non poteſt ad libertatem poſteà peruenire, tametſi rationes
reddere ſit paratus, *l.Thais 41.§.intra certa tempora.*D.*de fideic.lib.* facit *l. quod
autem 6.§.vxori.* D. *de donat.int.vir. & vxor.* Sic dicimus, ſententia per
arbitrium dicta, ſi arbiter dari quid iuſſerit, nec tamen tempus præſtituerit,
ineſſe quoddam modicū tempus, intra quod ſatisfieri poſſit ad euitādam pœ-
nā, niſi iam cœperit aduerſarij intereſſe, ſed intra certū tēpus dari arbiter iuſ-
ſerit, nec datum erit, licèt poſteà offeratur, attamen ſemel commiſſam pœnam
compromiſſi non euaneſcere, quoniam ſemper verū eſt intra id tempus da-
tum non eſſe *l.quid tamen* 21. alias *l.ſi cùm dies.§.vlt.cum duabus ſeqq.* D. *de*

Digitized by Google

recept. qui arbitr. Quod vtique ita accipiendum eſt, etiamſi nihil interſit actoris, vt differat caſus hic quo dies certa adiecta eſt ab illo, quo nulla. Nam nec quæri ſolet an interſit ſtipulatoris cùm agitur ad pœnam *l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri D. de verb. obligat.* Quantò minùs igitur erit permittendum venditori qui intra certum præſcriptúmque tempus redimere debuit, vt poſt id tempus redimat, cùm iam emptoris cœperit intereſſe? An non enim ipſius quàm maximè intereſt vt rem habeat ſine onere retrouendendi, vtque à perſonali illa obligatione, quæ competit ex pacto de retrouendendo, in plenum liberetur? Atqui liberaretur vltimo ſtatuti temporis momento, ſi tempus illud prorogari nullomodo poſſet. Fit ergo ei manifeſtè iniuria, ſi contra formam conuentionis inuitus in obligatione retineatur vel minimo temporis instanti. Nam cùm hoc caſu computanda ſint tempora de momento in momentum, vt & alias plerumque euenit, puta ſi tractetur de in integrum reſtitutione minorũ, *l. 3. §. minorum D. de minor.* tanta fit iniuria emptori per huiuſmodi prorogationem, quantumlibet modicum tempus ſit quod prorogatione continetur, quanta fieret ſi in longiſſimum diem prorogatio indulgeretur. Vtroque enim caſu idem euenit, vt à conuentionis lege inuito eo cuius maximè intereſt diſcedatur, & quod indignius eſt, emptori quæſitum ius ex contractus ſol a Principis voluntate ignorãti eripiatur. Ex quo apparet
6 quàm longè diuerſa ratio † ſit huiuſmodi reſcriptorũ, per quæ cõſtituti ad remediũ tẽporis prorogatio inducatur, & eorũ quæ miſeris debitoribus concedi ſolẽt ad differendã ſolutionis duntaxat exactionẽ, quas literas moratorias pragmatici appellant, noſtri *lettres de reſpit*, vulgò dicunt. His enim, non hoc agitur vt de creditoris iure quicquam detrahatur, ſed tantùm vt debitori qui tam citò ſoluere nequeat longior dubitatio detur ad conquirendam & explicandã pecuniã, quæ res debitori percõmoda; creditori verò non ita damnoſa eſt, præſertim cùm eius tẽporis quo impeditur exactio, vſuræ præſtãdæ ſint, vt creditor omnimodo indẽnis ſeruetur. Et ratio eſt quoniã hoc caſu tẽpus non limitandæ & finiendæ obligationis, ſed ſolutionis tantùm differendæ cauſa adiectum proponitur. Quod cùm ſit, nõ poteſt lapſus diei inducere liberationẽ, & facere quominùs poſt diẽ peti poſſit quòd debitũ fuit in diẽ, quin potiùs vt tantò magis debeatur quod iam ante ſolui debuit, necdũ ſolutũ eſt ex traditione Bart. ad *l. eum qui ita 56. §. qui ita ſtipulatur* 1. *De verb. oblig.* per *l. ſi mandato Titij* 59. 5. *Paulus reſpondit die adiecto. D. mand.* Alioqui mora & fruſtratio debitoris ei prodeſſet ad inducendã liberationẽ, quod abſurdiſſimum ſanè eſſet. Eóque pertinet quod pro iſtis moratoriis *litteris* tuẽdis vulgò iactari ſolet, non auferri id quod differtur, vt Rebuff. refert in tractatu illo *De liter. dilatoriis*, an in propoſito ſi venditori poſt elapſa redimendi tempora ius petendæ redemptionis ex reſcripto ſupereſſet, non tam ius emptoris differretur, quàm ei aufferretur, ius ſcilicet liberationis, quã ſolus tẽporis lapſus inducit. Nam ſi quis obiiciat, quod quidã nobis aliquando obiiciebat tempus non eſſe modũ tollendæ obligationis, vt nec inducendæ ex *l. obligationum ferè 44. §. placet. D. de oblig. & act.* Reſpondendum eſt quod
7 pragmatici nõ animaduertunt, nõ tam † tẽpore quàm ex cõuentione finiri obligationẽ quæ nõ niſi ad tempus cõtracta fuerat, & rurſum obligationẽ hãc de qua tractamus conditionalem eſſe, non puram, conditionem verò ſic conceptam eſſe, vt ſolo temporis lapſu deficere eam ſit nec eſſe, quia tempus in conditione poſitum eſt non aliam ob cauſam, quàm vti ne poſt tempus impleri

pleri aut exiſtere conditio poſſit. Cùm enim venditio facta eſt ſub pacto de
retrouendendo,conſtat dominium rei venditæ acquiſitum eſſe emptori, &
quidem non ſolùm pleno iure,ſed etiam irreuocabiliter, vt à nobis diſpu-
tatum & probatum eſt *Decad. 22. Err. 7.* Nec ad aliud prodeſſe pactum ven-
ditori, quàm vt obligatum habeat emptorem ad retrouendendum, obligatũ
inquam,ſub ea conditione ſi venditor redimere volet, pretiúmque à ſe ac-
ceptum reddere cum effectu intra id tempus quod petendæ magis quàm fa-
ciendæ retrouenditioni præſtitutum fuit. Porrò conditionalium ſtipulatio-
num omnium ea natura eſt vt quamuis ex præſenti tempore vires accipiant
quod ad inducendum illud vinculum ex quo fit ne ſit in poteſtate promiſ-
ſoris vt quandoque exiſtente conditione non teneatur, *l. qui balneum 9. D.
qui potior. in pign. hab. l. filiusfamilias 76. De verb. oblig.* itẽ quod ad ius tranſ-
miſſionis. *l. is cui 42. D. de oblig. & act. §. ex conditionali. Inſtit. de verb. obligat.*
nulla tamen ex iis naſcatur obligatio ante conditionis euentum, cuius ſci-
licet proprium eſt vt ſuſpendat & impediat natiuitatem obligationis, nec
minùs in ſtipulationibus & contractibus,quàm in legatis, vt ſcripſimus *lib.
15. Coniect. cap. 6. & 7. ex l. cedere diem 213. De verb. ſignif.* aliíſque innumeris
iuris locis. Proinde ſi patiatur vẽditor labi tempora intra quæ conditionem
implere debuit,id eſt pretium reddere, aut ſaltem offerre ad extorquendam
retrouenditionem, non tam finitur tempore obligatio, quàm nata numquã
fuiſſe intelligitur,quia ſicuti exiſtens quandocumque conditio ſtipulationis
facit vt ſtipulatio ab initio pura fuiſſe exiſtimetur,ita deficiens efficit vt nul-
la vnquam ſtipulatio interpoſita,nullus cõtractus initus eſſe videatur. Et cõ-
ſequenter fatendum eſt fieri † nullomodo poſſe vt huiuſmodi obligatio re- 8
ſcripto Principis prorogetur,nõ magis quàm ſi nulla omnino eſſet. Quo ta-
men caſu nemo diceret,prorogari poſſe id quod non eſſet,quia exiſtere quid
neceſſe eſt vt ſit prorogabile,cùm non entis nullæ ſint qualitates. Et ſanè ſi
propiùs & ſubtiliùs intueare,prorogatio hæc quam pragmatici Pedemontani
induxerunt(neque dũ enim apud noſtros error hic inualuit, neq; vt ſperare
me Senatus noſtri æquitas & autoritas iubet,vnquã inualeſcet)nõ tã obliga-
tionem ipſam reſpicit quam obligationis conditionem. In quo illi etiam er-
rãt qui alioquin nõ malè obſeruãt aliud eſſe,vt iã diximus,ſi ad finiẽdã & li-
mitãdã obligationẽ,aliud ſi ad differendã dũtaxat ſolutionẽ dies adiiciatur:
Et illi magis qui quæſtionẽ hãc in eo verſari putãt,vtrũ Principi liceat obli-
gationẽ certo tẽpore limitatã in lõgius tẽpus extendere,verſatur nãque in eo
potius,An obligationem quę nec vlla eſt,nec vlla vnquam fuiſſe intelligetur,
poſſit Princeps inducere inſcio adeóque inuito eo, qui eſt obligandus. Ex
quo apparet quàm ſit ſtulta & ridicula. Quis enim eã Principi poteſtatẽ tri-
buat vt ex nihilo aliquid faciat, vt ei quod non eſt, qualitatem tribuat, de-
nique vt obligationem inducat ex contractu ſine contractu, imò aduerſus
formã legémque contractus? Hæc verò tot abſurda omnia ex Cagnoli erro-
re conſequentia fieri probo ex eo quod non ſolũ cõditionalis † ſtipulatio aut 9
promiſſio ſiue per ſtipulationem, ſiue per pactum inita, nihil eſt ante im-
pletam conditionem,ſed & conditio ipſa nihil eſſe dici poteſt, neque quan-
diu pendet,neque poſteaquàm extitit aut defecit. Nam quandiu pendet, quid
aliud conditio eſt quàm priuatio, vt ita dicam obligationis, id eſt efficiẽtia
ne obligatio vlla ſit quæ alioquin & aliqua eſſet & pura? Priuatio autem
quid aliud eſt quàm nihil? Poſteà verò quàm extitit conditio, actus habetur

Digitized by Google

pro puro, nec vlla vnquam conditione ſuſpenſus intelligitur, *l. potior. 11. D. qui potior. in pignor. hab.* ſicut ex contrario ſi conditio defecerit, actus habetur pro non actu, factum pro infecto. Atqui conditionis intellectus nullus eſt niſi quatenus vel pendet, vel extitit, vel defecit. Omni ergo caſu conditio nihil eſt, ſi nihil eſt. Ergo non prorogabilis, quia, vt iam dixi, quod nõ eſt, prorogabile eſſe, aut alio modo qualiter ſe habere non poteſt. Sed & obſer-
10 uandum eſt, ita concepta ſtipulatione aut pacto† de retrouendendo, quomodo concipi ſolet, ſi venditor intra biennium venditionis pretium emptori reſtituet, adiectionem certi temporis non pertinere ad ſubſtantiam obligationis, ſed ad formam intrinſecam & ſubſtantialem conditionis, ſi qua eius rei quæ nihil niſi priuatio eſt, ſubſtãtia intelligi poteſt. Etſi enim differt certa dies à conditione, ſi obligatio in diem certa inita proponatur, nihil tamen prohibet conditioni certam diem inſeri, quæ conditionis partem conſtituat, eiúſque vim & naturam ſequatur. Cùm autem certiſſimi iuris ſit cõ-
11 ditionum† omnium eam naturam eſſe vt ſint indiuiduæ, *l. cui fundus 56. De condic. & demonſtr.* vtque in forma ſpecifica impleri debeant, quomodo noſtri loquuntur ex *l. qui heredi 44. & l. Meuius 55. eod.* Dico fieri non poſſe, vt tempus illud immutetur, quomodo admiſſa prorogatione immutari neceſſe eſt, quin alia conditio ſit, ne numero tantùm, ſed etiam ſpecie differens ab illa quam conuentioni inſertam contrahentes voluerunt. Alia namque conditio hæc eſt, ſi intra biennium venditor redimere & pretium reſtituere volet, alia hæc, ſi intra triennium, quemadmodũ aliud biennij tẽpus eſt, aliud triennij, nec in biennio triennium continetur. Atqui nemo dixerit obligationũ conditiones quæ contrahentibus ſemel placuerint ab aliis quàm ab iis ipſis immutari poſſe, nec poteſt quicquã excogitari, fingiúe abſurdius quã vt iis nõ ſolùm ignorantibus, ſed etiã inuitis ea res arbitrio & poteſtati Principis permiſſa exiſtimetur. Nam ſi is qui non niſi ſub cõditione obligatum ſe voluit, nullomodo creditur eſſe obligatus quandiu cõditio pendet, niſi hactenus vt facere nõ poſſit ne quandocumque exiſtente conditione obligatus reperiatur, quantò minùs ferendũ eſt vt ab alio & ſub alia conditione obli-
12 getur? Fateor poſſe Principem† ſupremum qui legis condendæ poteſtatẽ habeat, inducere obligationes, & efficere vt certis de cauſis obligemur, ex quibus alioqui nõ obligaremur. Sed nego poſſe eum facere vt ex cõtractu obligetur is qui nõ contraxit, aut vt contra formã conuentionis obligetur quis ex cõtractu aut pacto conditionali ſub alia conditione quàm ſub qua obligare ſe voluit. Perinde enim eſt acſi quis diceret in Principis eſſe poteſtate, facere vt qui promiſit Sempronio centum ſub ea conditione, Si nauis ex Aſia venerit, obligetur ſub illa, Si Titius Conſul factus erit. Quod vtique non minùs difficile videri debeat, quàm vt ex ſtipulatu obligatus intelligatur is, qui nihil omnino promiſit. Verum enim eſt nihil omnino promiſſum eſſe ſub ea conditione, Si Titius Conſul factus erit, licèt promiſſum ſit ſub illa,
13 Si nauis ex Aſia venerit. Similiter igitur dicẽdum eſt nimis† magnã fieri iniuriã ei qui promiſit ſe retrouenditurum ſub ea conditione, *ſi intra biennium venditor redimere, pretiúmque reſtituere volet*, ſi reſcripto Principis conditio immutetur, & pro biennij tẽpore de quo cõuenit, triennium ſubſtituatur, de quo nihil fuit cogitatũ. Neq; ſanè hoc facilius eſt, quàm vt reſcripto Principis obligetur emptor ad retrouendendũ intra certa tẽpora, qui emerat nulla pactione ſubiecta De retrouendendo: quod tamen qui ex pragmaticis dixerit, nemo

ſit,nemo hucuſque tam ſtolidus fuit. Vtroque enim caſu perinde abſurdum
illud inducitur vt ex contractu obligetur emptor aliter quàm ipſe contra-
xerit,& contrà quàm obligari voluerit contrahendo. Scio placere interpre-
tibus vulgaribus,in quęſtione † illa de qua ſeparatim nobis tractandum erit, 14
an Princeps ius alteri quæſitum aufferre poſſit, diſtinguendum eſſe, vtrum
ius illud quæſitum ſit ex iure naturali aut gentium, an ex ciuili duntaxat, vt
quod ex iure naturali aut gentium fuit acquiſitum, vt puta ex contractu auf-
ferre non poſſit,niſi de plenitudine poteſtatis,& ita demùm ſi publica vtili-
tas ita fieri ſuadeat, hoc etiam addendo, vt indemnis omnimodo ſeruetur à
Principe is cuius iuris derogatur. Quod verò ex iure ciuili acquiſitum eſt,
puta per vſucapionem, per ſententiam alióſve actus ſimiles & ciuiles auffer-
re pro arbitrio Princeps poſſit, tanquam qui ſupra ius ciuile ſit conſtitutus.
Sic enim noſtri tractant ad *l.vlt.C.ſi contra ius vel vtilit.public.* Sed † præter 15
id quod recentioribus & politioribus interpretibus longè aliter viſum eſt,ex
quibus nonnulli non infacetè plenitudinem illam poteſtatis plenitudinem
tempeſtatis dixerunt, nullam in bono Principe poteſtatis ordinariæ aut po-
tiùs ordinatæ & abſolutæ differentiam agnoſcentes, inter quos Did.Couar.
lib.3.var. reſolu.cap.6.num.8. & Arius Pinell.ad *l.2.C.de reſcind.vend.* Mul-
tùm intereſt an quis dicat, permittendum eſſe Principi † vt dominium alij 16
quæſitum pro arbitio aufferat, an verò hoc etiam Principis poteſtati tri-
buamus, vt eum qui non eſt obligatus, obliget tanquam ex contractu, cùm
nullus contractus interpoſitus eſt,aut cùm alia contractus lex aut conditio
fuit quàm ſub qua Princeps obligari vult eum,qui contraxit. Prius admitti
facilius poteſt, eo prætextu quod omnia quæ ſunt in Principis territorio, i-
pſius Principis eſſe exiſtimantur. De quibus ideò poſſe eum pro libito diſ-
ponere, ſi minùs æquum, certè poſſibile eſt. Tametſi Seneca verbum illud
vulgare *Omnia ſunt Cæſaris*,ita interpretatus ſit,vt omnia ſint Cæſaris impe-
rio non dominio. At poſterius admitti nullomodo poteſt,quoniam obliga-
tio ex contractu nulla eſt, cùm aut nullomodo aut aliter ſaltem contractum
fuit, quàm ſub qua conditione obligationem conſtituere princeps velit. Si-
quidem prius eſt vt obligatio aliqua ſit, quàm vt Principi licere poſſit de ea
pro arbitrio diſponere, ſicut nec in Principis poteſtate eſt vt vel dominium
rei alicuius aufferat ei, qui non habet, vel eius rei quæ in rerum natura non
ſit dominiũ, alicui tribuat.Iſque præcipuus certè Cagnoli † error fuit,quòd 17
exiſtimauit,Principe prorogante tempus conditionis, ſub qua emptor obli-
gatus eſt ad retrouendendum,nullum aliud emptori præiudicium fieri, niſi
quòd irreuocabilis acquiſitio dominij quam ex lapſu temporis conuentio-
nalis emptor ſperare poterat,in longius tempus differatur:quaſi res quæ ven-
dita eſt ſub pacto de retrouendendo non priùs emptori pleno iure & irre-
uocabiliter acquiſita videri debeat,quàm tempus illud præterierit intra quod
retrouenditio peti poſſit. Vnde illud eſt, quod nec aliter huiuſmodi proro-
gationem ex reſcripto Principis admittendam eſſe vult,quàm ſi tempus con-
uentionale nondum elapſum ſit,ne graue nimis damnum infligatur empto-
ri,cui ex iuſto contractu iam irreuocabiliter fuerit res acquiſita. At nos in
ſuperioribus docuimus,quod veriſſimum eſt, pactum de retrouendendo, li-
cèt in ipſa venditione interpoſitum,nihil habere commune cum acquiſitio-
ne dominij,nec obſtare † quominùs dominium rei vẽditæ perinde pleno iu- 18
re ac irreuocabiliter emptori quæſitum videri debeat, acſi pactum nullum

Digitized by Google

19 interceſſiſſet. Denique ex pacto † de retrouendendo nihil niſi perſonalem obligationem naſci,& quidem cõditionalem *Si venditor intra definitum tempus rem redimere precíumque reſtituere volet*, & conſequenter nullam, ſi conditio illa numquam impleatur, venditore intra conſtitutum tempus precium non offerente,tametſi vel primo, ſi voles poſt vltimam diem momento offerre paratus ſit. Quod cùm ita ſit,etiam ex ipſius Cagnoli confeſſione fit conſequens, non eſſe permittendum vt dominium quod irreuocabiliter emptori acquiſitum fuit, inuito ei per reſcriptum Principis auferatur. Illud verò multò minus, de quo Cagnolus nõ cogitauit, vt obligationis cõditio immutetur,& qui non niſi ſub hac conditione obligari voluit, *Si venditor intra biennium redimere rem volet*,obligetur ſub illa *ſi intra triennium*. Et
20 verò ſi Cagnolus † fatetur, quod & veriſſimum eſt,nõ poſſe fieri prorogationem eo caſu quo tempus conuentionale iam totum præterierit, quod eo caſu nihil ſuperſit quod prorogari poſſit, licèt vel minimum temporis momentum ſupereſſe ſufficiat,vt poſt alios tradit Andr. Tiraq. *De retract. conuent.§.1.gloſſ.7.in verbo feront proferés.num.24 & 41.ex l.ſed ſi manẽtes 5.D. de precar.l.cùm ſponſus 12.§.vltim.D.de publician.in rem act cap.conſuluit. Ext.*
21 *de offic.deleg.* Æquè fatendum eſt non † poſſe dici prorogationem, cùm vnus ſtatuit terminum, & alius prorogat, ſed cùm idem ſtatuit & prorogat,inquit Baldus ad *l.ſi à te.C.* 7 *de pact.int.emp.& vendit.* Eius namque eſt prorogare qui primus conſtituit, non alterius alioqui reformatio & deſtructio contractus dicenda eſt,non prorogatio vt idem Bald.loquitur ad *l genera iter.C.de epiſc.& cleric.* Nam & interpretes omnes fatentur prorogationem
22 nullam † fieri poſſe niſi cum eadem ſolennitate, vt ſupradicto loco tractat Tiraq.*num.36*.nec niſi prorogantibus eam, ſi qua facta ſit,nocere ex *l. ſi cùm Hermes 7.C.de locat.l.item quæritur 13.§.qui impleto.D.e od.*Idem Tiraq.ibid. *num.32.* Quomodo igitur fieri poteſt vt tempus ab emptore conſtitutum, à Principe prorogetur? Aut vt ea prorogatio ſolius Principis imperio facta noceat emptori,non ſolùm ignoranti, ſed etiam inuito? Accedit quod licèt dici ſoleat tempus † prorogatum dummodò ante finem prioris, idem tempus
23 eſſe cum priore,id tamen non verè & propriè dicitur,ſed impropriè, abuſiuè & fictè,vt ex Cyni,Bartoli, & aliorum ſententia concludit Tiraq.*dict.glo. 7.num.30.* vbi ex hoc infert ſtatutum quod loquitur de tempore ad redimendum conceſſo in ipſo contractu aut die ſequenti,debere intelligi haud dubiè de primo illo tempore conceſſo eo die aut ſequenti, non *de prorogato*, quia in ſtatutis verba omnia propriè, non abuſiuè & fictè *ſunt accipienda.* Quis ergo patiatur conuentionem de iure redimendi intra certum tempus, eam recipere interpretationem, vt perinde locum habeat in tempore, non à contrahentibus,ſed ab ipſo Principe prorogato, ſi tamen ea prorogatio dicenda eſt, vt iam diximus. Dicat aliquis,† negari nõ poſſe,quin ex lapſu tem-
24 poris intra quod venditor redimere potuit nec redemit, ius aliquod acquiratur emptori,ius,inquam ſi non dominij,ſaltem liberationis, cùm eo tempore elapſo futurum ſit,vt nullomodo ſit obligatus,qui in eum vſque diem obligatus fuit ſaltem ſub conditione,ideóque minus eſſe mirandum, quod ante ius emptori quæſitum Princeps proroget tempus redimendi. Id enim eſt,quod Cagnolus cæteríque non ſubtiliores pragmatici tractant, facilius reſcripto Principis tolli poſſe ius quærendũ quàm quæſitum. Sed reſpondẽ-
25 dum eſt,imò † verò ſi bene & ſubtiliter intuearis, nihil prorſus iuris acquiri emptori

emptori ex eo temporis lapſu,ne quidem liberationem: quia liberatio in ne-
ceſſarium antecedens ſupponit obligationem : obligatio autem, vt iam mo-
nuimus,nulla eſt eius qui nihil promiſit niſi ſub conditione quæ poſteà de-
ficiat.Siquidem non ſic loquimur , vt dicamus ex defectu conditionis extin-
gui obligationem(quomodo enim extingui poſſet obligatio,quæ numquam
fuiſſet nata?) ſed euaneſcere ſtipulationem conditionalem , quæ in eo fuerat
vt obligationem producere potuiſſet ſi conditio extitiſſet. Separamus ſtipu-
lationem ab obligatione tanquam cauſam ab effectu. Stipulatio conditiona-
lis, vera ſtipulatio eſt,obligatio conditionalis nulla obligatio eſt. Conditio
impedit natiuitatem obligationis quandiu pendet , non impedit vires ſtipu-
lationis,quominus valeat,ex quo die interpoſita eſt : ſed ſi poſteà deficiat,fa-
cit vt euaneſcat ſtipulatio , id eſt , vt perinde habeatur acſi nulla vnquam in-
terpoſita fuiſſet, quo tamen caſu , id eſt nulla promiſſione facta , ſiue per ſti-
pulationem , ſiue per pactum in ipſa venditione adhibitum (nihil enim hac
parte refert)non poſſet dici vllam extitiſſe vnquam obligationem,à qua em-
ptor per lapſum temporis videri deberet liberatus.Amplius dico, non ſolùm
nihil iuris acquiri emptori , qui intra certum tempus retrouendere ſub con-
ditione promiſerat ſi venditor id tempus labi paſſus ſit , nec ob id fieri em-
ptorẽ locupletiorem,ſed neque pauperiorem † fieri venditorem,quãuis omit 26
tat occaſionem acquirendi , *l.quod autem.6.in princip,& verſ.vnde ſi quis.D.*
quæ in fraud.credit. Nã cùm is rẽ ſuam vendendo licèt ſubiecto pacto, aut ſti-
pulatione de retrouendendo, dominium rei ſuæ alienauerit in ſolidũ & irre-
uocabiliter , vt ſuo loco probauimus , nec aliud ius ex pacto aut ſtipulatione
de retrouendendo nanciſcatur,niſi vt impleta quandocumq.conditione poſ-
ſit habere ex pacto aut ex ſtipulatu actionẽ,apparet ex ſubſecuto defectu con-
ditionis nihil aliud euenire,niſi vt deſinat habere poſſe actionem,nõ quam a-
liquando iam habuerit, ſed quam habiturus fuiſſet ſi conditionẽ in poteſtate
ſua poſitam vltrò impleuiſſet.Quod cùm ita ſit,quid,obſecro, eſt,quod Prin-
ceps reſcripto prorogare poſſit ſi tam ex parte venditoris,quàm ex parte em-
ptoris obligatio illa cõditionalis quę ex ſtipulatione vel pacto de retrouẽdẽ-
do inducitur,nihil prorſus eſt? At,inquies,tantò minor igitur fit iniuria em-
ptori per eiuſmodi prorogationẽ.Imò,inquam,tantò maior,† quãtò plenior
eſt acquiſitio dominij in emptorẽ tranſlati per venditionem.Si enim res em- 27
pta , licèt ſub pacto de retrouendendo vſque adeò pleno iure emptori acqui-
ſita intelligitur,& irreuocabiliter,vt ex lapſu temporis quod ad redimendum
fuerat conſtitutum, nihil prætereà iuris ei acquiratur, niſi quod deſinit poſſe
obligari de ea re nunquã retrouendenda,an non apertiſſima & maxima ei fiat
iniuria,ſi ignorans,adeóq.inuitus in eũ ſtatũ deducatur,vt perinde poſſit ad-
huc obligari ſub cõditione etiã poſt defectã cõditionẽ,acſi cõditio nũquã de-
feciſſet? Hunc.n.reſcripti principalis effectũ eſſe neceſſe eſt , aut prorſus nul-
lum. Ergo quod pragmatici fatẽtur abſurdũ & iniquũ fore,vt poſt lapſa redi-
mẽdi tempora prorogatio per Principis reſcriptũ fiat,perinde abſurdũ & ini-
quũ videri debet,etiã priùs quã vẽditor tẽpore ſit excluſus à redimẽdi,condi-
tioniſq; implẽdæ facultate:cùm vtroq; caſu par & æquale ſit ius emptoris cui
nihil lucri ex tẽporis lapſu poſſit accedere. Quanquã eo etiã admiſſo vt nihil
emptoris intereſſet,quod falſiſſimũ eſt,tamẽ ad pragmaticorũ errorẽ refellẽ-
dũ ſufficeret prior illa ratio à nobis allata, ꝙ in ꝓpoſita ſpecie nihil ſit quod
ꝓrogari † queat,neq; obligatio cõditionalis quę hoc ipſo ꝙ cõditionalis eſt, 28

nulla eſt,neque conditio, quia nihil eſt, nec denique tempus ipſum in conuentione adiectum, quia non obligationis ius reſpicit,ſed qualitatem conditionis, cúmque conditionis pars quædam ſit, non poteſt non eodem iure cenſeri quo & conditio ipſa, quæ tantum abeſt vt temporis adiectione fiat, quod ita dixerim, prorogabilior,vt è contrario fiat tantò magis ſpecifica, & conſequenter magis indiuidua, mináſque commutabilis. Sed quid pluribus
29 in hanc rem verbis opus eſt? Textus† eſt pro ſentẽtia noſtra aduerſus Cagnolum & pragmaticos maniſeſtiſſimus in *d.l.ſi à te 7.C.de pact.int.empt. & vendit.* vbi hoc ipſum quod nos defendimus tam apertè diſertéque ſcriptum eſt, vt non potuerit apertiùs. Legis enim verba hæc ſunt, *ſi à te comparauit is cuius meminiſti,& conuenit vt ſi intra certũ tempus ſoluta fuerit data quantitas, ſi res inempta,remitti hanc conuentionem reſcripto noſtro non iure petis.* Sed tamen quia de illius quoque loci ſententia & lectione à nonnullis dubitari video,dicendum eſt paullo latiùs,quid nobis videatur.

ERROR SECVNDVS.

De ſententia & lectione l.ſi à te 7.C.de pact.int. empt.& vendit.

SVMMARIA.

1. *Quis ſit ſenſus l ſi à te.7.C.de pact.int.empt. & vend.ex vulgari interpretum ſententia.*
2. *In d.l.non tractari de pacto retrouendendi, contra interpretes.*
3. *Pactum de retrouendendo vt differat à pacto de reſtituendo rem venditam pretio venditori reſtituto: & à pacto vt.reſtituto intra certum tempus pretio res fiat inempta.*
4. *Quod in d.l. ſi à te.ſcriptum eſt de pacto per quod res vendita inempta fiat; in pacto de retrouendendo locum quoque habere.*
5. *Lex commiſſoria in venditionibus cur olim odioſa.*
6. *Lege commiſſoria odioſius videri debere pactum,de quo agitur in d.l.7.*
7. *Bartoli & aliorum poſt Accurſium ad d.l.7.interpretatio probata.*
8. *Lectio d.l.7.à quibuſdam non rectè ſollicitata: & eorundem interpretatio reiecta.*
9. *Cur in ſpecie d.l.7.neceſſaria obſignatio.*
10. *Error Tiraquelli cenſentis etiam cum agitur ex pacto de retrouendendo neceſſarium eſſe obſignationem ad conſtituendum in mora emptorẽ, ſaltem ad lucrandos fructus.*
11. *Sententia l 4.§.vlt.D.de lege commiſſor.*
12. *Ex d.l.7.colligi tempus redimendi reſcripto Principis prorogari non poſſe.*
13. *Quis ſit ſenſus l.2.C.de precib.Imp.off.ex interpretum vulgari explicatione.*
14. *Prima conciliatio Accurſiana d.l.2. cum d.l.7.& eiuſdem reiectio.n.15.*
16. *Secunda eáque Bartolo probata, & eius expl.ſo.17.*
18. *Quæ ſit Accurſio longioris temporis dilatio.*
19. *Tertia conciliatio Accurſiana omnium ineptiſſima.*
20. *Saliceti probata autori conciliatio.*
21. *Saliceti error.*
22. *Baldi omnium maximè oppoſita conciliatio.*
23. *Errores duo Baldi notati.*
24. *Erronea Baldi ſententia de Principis poteſtate.*

SI *à te comparauit is, cuius meminiſti, & conuenit vt ſit intra certum tempus ſoluta fuerit data quantitas, ſi res inempta, remitti hanc conuentionem reſcripto noſtro non iure petis.* Inquiunt Imp. Diocle. & Maximianus in *l.ſi à te 7. C. de pact.int. empt. & vendit.* Vulgò accipitur † hæc lex de pacto redimendi, vt & *l.2. eod. tit.* ſenſúmque
1 hunc habere creditur, vt ſi is, qui rem ſuam vendidit, ſub pacto de ea in-

tra

tra biennium retrouendenda, petat reſcripto Principis prorogari ſibi facultatem redimendi, vt quæ non niſi in biennium conceſſa fuerat in triennium porrigatur, non ſit audiendus. Ego quod aiunt † vtroque loco tractari de pa- 2
cto retrouendendi probare nõ poſſum. Aliud enim pactum eſt de retrouendendo, aliud pactum de reſtituendo rem venditam pretio viciſſim venditori reſtituto, de quo in *d.l.2*. Aliud denique pactum illud de quo in hac *l. ſi à te*, vt ſi intra certum tempus reddita fuerit data quantitas, ſit res inempta: quemadmodum latiùs à nobis diſputatum eſt *Decade 22*. Pactum † de retro- 3
uendendo neque facit rem inemptam ipſo iure, neque habile eſt ad transferendum dominium ab emptore in venditorem, niſi ſecuta non ſolùm retrouenditione, ſed etiam retrotraditione: Pactum de reſtituendo non facit equidem rem inemptam ipſo iure, ſed tamen habile eſt ad reddendum venditori dominium per ſolam retrotraditionem, nulla etiam intercedente retrouenditione. Pactum verò de quo in *d.l.ſi à te*, id eſt quo id agitur vt reſtituto intra certum tẽpus pretio res fiat inempta, cæteris omnibus maius eſt & potentius, facítque vt res vẽdita ſit inẽpta ipſo iure, ſi modò intra præſcriptum tẽpus precium reſtituatur. Sic enim ferunt verba conuentionis ex quibus ſemper æſtimandum eſt quid actum ſit, & conſequenter quid ratio iuris ſuadeat, quotieſcũq; voluntas contrahentium iuris autoritate adiuuatur. Sed tamen quod *d.l.ſi à te*, ſcriptũ eſt † de pacto per quod res vẽdita fiat inẽpta, 4
id ego facilè cõcedã æquè probandũ eſſe in pacto de retrouendendo, vt nihil de partiũ cõuentione reſcripto Principis remitti poſſit. Eſt.n. pactum de retrouendẽdo tãtò fauorabilius, quãtò longiùs diſtat à lege cõmiſſoria, † quã 5
in venditionib. quoq; iã olim odioſam fuiſſe cõſtat *l. Æmilius 41.D. de minor.* Non alia ratione, quàm quòd conſtituendo rem inemptam quæ re vera fuit empta, faciat vt venditio iuſta, perfecta, & inita bona fide, ſola ſui pacti poteſtate reſoluatur. Imò, vt docuimus ſuo loco, longè odioſiùs † videri debet 6
pactum illud, de quo in *d l.ſi à te*, quàm ſit pactum commiſſorium, de quo *in l.commiſſori.c.4.eod.tit.& in tit.de leg.commiſſ.*D. Lex enim cõmiſſoria vulgaris in venditionibus, afficit venditionem, perfectam quidem, ſed nondum impletam. Habet namque conditionem illam, *Si vẽditionis precium intra certam diem ab emptore ſolutum non erit.* Certi autem iuris eſt non priùs omni ex parte impletum dici poſſe contractum emptionis & venditionis, quàm venditor rem tradiderit, adeóque dominium tranſtulerit ſi dominus ex poſtfacto factus, emptor verò precium totum perſoluerit *l.ex empto 11.l.ſi quis alienam 46.D.de action.empt.* At in ſpecie *d.l.ſi à te*, tractatur de emptione, non ſolùm perfecta, quod fit nudo conſenſu, ſtatim atque de precio conuenit, ſed etiam impleta per traditionem rei factam ex parte venditoris, preciíq; ſolutionem ex parte emptoris. Porrò ſicut difficilius, ita multò odioſius eſt reſolui ipſo iure venditionem quæ iam impleta ſit quàm ſi nondum impleta eſſet. Et tamẽ vtrumque fit æquè facilè ſola pacti poteſtate in ipſa venditione adhibiti, quia cùm neque legibus, neque bonis moribus aduerſetur, eámque legem venditor in rei ſuæ traditione dictam voluerit, nõ aliter venditurus, neque traditurus, haud dubie pactum ſeruandum eſt. *l.vlt.C.eod.tit. De pact.int.empt.& vendit.* Quod autẽ verba † legis de huiuſmodi pacto non 7
remittendo ſic Bartolus & cæteri interpretantur poſt Accurſium, vt qui ex pacto intra certum tempus precij reſtitutionem offerre debuit, audiri non debeat, ſi petat à Principe vt ſaluã habeat in longius tempus redimendi fa-

Digitized by Google

cultatem, ego quàm maximè probo. Ita namque prima legis verba *ſi à te cõparauit*, oſtendunt apertiſſimè reſcriptū fuiſſe ab Imperatoribus ad preces venditoris, cuius porrò intererat non vt pactum prorſus tolleretur, per quod res inempta fieri deberet in caſum precij reſtituti, quod in perpetuum potiùs ſaluum eſſe voluiſſet, ſed vt de rigore & aſperitate illius pacti, quo reſtituendi precij facultas anguſtiori tempore coarctabatur, nonnihil relaxaretur. Quomodo autem niſi prorogata in longius tempus ea facultate? Quod
8 à quibuſdam † clariſſimis, licèt Iureconſultis, mihíque amiciſſimis, non obſeruatum, fecit vt exiſtimauerint corruptam eſſe loci huius lectionem in ſequentibus iis verbis, *non iure petis* legendúmque *petit* pro *petis*. Vt relato verbo illo ad emptorem non ad venditorem, ſenſus ſit, audiri emptorem nō debere qui reſcripto Principis aſſequi velit vt venditori eripiatur commodum pacti quo conuenerat vti reddito intra certum tempus precio fundus inemptus conſtitueretur. Quæ interpretatio non ſolùm ridiculos facit Imperatores, qui de tam certo nullámque prorſus dubitandi cauſam admittente iure reſponderint, tanquam ad preces emptoris cùm ab ipſo venditore conſulerentur, ſed ex ipſius etiā legis poſteriore parte cōuincitur, in qua ſic ſcriptum eſt, *Sed ſi ſe ſubtrahat, vt iure dominij eandem rem retineat, denuntiationis & obſignationis depoſitioniſque remedio contra fraudem potes iuri tuo conſulere.* Inde namque coniici poteſt, nihil in ea ſpecie petiiſſe emptorem, qui ſe ſcilicet per fraudem ſubtrahebat, vt non exiſtente cui precium reddi poſſet intra tempus conſtitutum, pacti vis eluderetur, atque ita dominij iure rem retineret. Ob eámque nimirum cauſam anxius venditor, & veritus ne tempus illud intra quod præcisè parendum erat conditioni vt fundus inemptus fieret, per emptoris calliditatem interim elaberetur, poſtulabat ab Imperatoribus prorogari ſibi tempus conditionis, eo potiſſimum, vt credibile eſt, colore iuſtam eſſe petitionem ſuam exiſtimans, quod æquum non eſſet prætextu pacti illius præciſi damnum ſe ſentire ex fraude & calliditate emptoris. Sed neque hoc caſu putarunt Imperatores fieri reſcripto poſſe, vt de pacti iure & conditione quicquam remittatur: Tantum abfuit vt aliud reſcripturi fuerint nullo emptoris dolo interueniente. An quod prætextu pacti fauere voluerint dolo emptoris? Minimè, ſed quoniam alio remedio conſuli venditori poteſt aduerſus eam emptoris fraudem & calliditatem: Facta ſcilicet denunciatione & obſignatione quæ ſolutionis vim habeat, vt etiam abſente aut cunctante emptore conditioni ſatisfactum eſſe videatur, perinde acſi ſolutio intra præſtitutum tempus facta fuiſſet. Neceſſaria eſt autem
9 hoc caſu † obſignatio, non ad implendam conditionem (quam in rem ſufficeret per aduerſarium ſtetiſſe ne eſſet impleta, quod fieri poſſet per nudam obligationem ſine obſignatione) ſed ad inducendam liberationem, quia fieri nequit vt fundus inemptus dici poſſit quandiu precium ex cauſa emptionis remanet penes venditorem, quemadmodum docuimus *Decade* 22. niſi conuenerit vt & fundus inemptus fiat, & ſolutam pretij partem emptor amittat *l.* 4. D. *de leg. commiſſ.* In quo errarunt † plerique exiſtimantes, etiam
10 cùm agitur ex pacto de retrouendendo neceſſariam eſſe obſignationē ex parte venditoris ad conſtituendū in mora emptorē, ſaltem ad lucrandos fructus, quam ſententiam ſequitur Andr. Tiraq. *De retract. conuent.* §. 4. *gloſſ.* 6. *num.* 4. motus præcipuè vt & cæteri qui eiuſdē ſunt opinionis ex *d. l. ſi à te*: Errarunt etiam illi ipſi qui ſolam oblationē ſufficere ſcripſerunt, non habentes quid

reſpon-

reſpondeant ad *d.l.ſi à te.* niſi quod ex abundanti facta ſit ab Imperatoribus mentio depoſitionis & obſignationis, cùm oblationem factã eſſe ſatis eſſet. Quamquã dici etiam illud poteſt, neceſſariam eſſe obſignationem quoties oblatio neceſſaria eſt, nec apparet perſona cui offerri poſſit, vt ſit obſignatio non ſolùm vice ſolutionis, ſed etiã oblationis loco, quòd alioqui non poſſit apparere an offerre potuerit aut voluerit is, qui omnimodo offerre debuit vt ſe conuentionis poteſtate liberaret, quandoquidem nemini obtulit. Eiúſque rei argumentum non obſcurum præbet quod ſcriptum eſt in *l. vlt. D. de leg. commiſſ.* iis verbis. *die ſtatuto emptor teſtatus eſt ſe pecuniam omnem reliquã paratum fuiſſe exſoluere, & ſacculum cum pecunia ſignatorum ſignis obſignauit, defuiſſe autem venditricem,* Ex quo loco interpretãdum† ſanè eſt, quod in *d. l. 4. §. vlt. eod. tit.* Vlpianus ſcripſit, ſecurum eſſe emptorẽ qui non offert, ſi non habeat cui offerat, vt ita demum ſit ſecurus ſi appareat per eum non ſtetiſſe quominus obtulerit, ſed per venditorem duntaxat: quod ipſum tamen vix eſt vt apparere poſſit, niſi præcedente denuntiatione aut teſtatione & obſignatione. Cur enim ob id ſolum videri debeat emptor impleuiſſe conditionem quòd non habuerit cui offerret, ſi nec habuit quid offerret? Prius ſiquidem eſt vt in promptu ſit quod dandum eſt quàm vt in accipiendo mora aliqua cõmiſſa eſſe intelligatur: Præſertim cùm ad impediendã poteſtatẽ legis commiſſoriæ non ſufficiat emptorẽ nõ eſſe in mora ſoluendi precij, ſed illud præterea neceſſe ſit vt venditorem conſtituat in mora accipiendi, vt in eodem §. *vlt.* idẽ Vlp. ex Marcello ſcribit. Sed hoc obiter dictum ſit, ne quid ignoretur eorũ quæ pertinent ad *d. l. ſi à te,* cuius prior pars ſi ad venditorẽ vt & poſterior dirigenda eſt, non ad emptorem, quod ita eſſe probauimus, quid obſecro pro nobis † contra Cagnolum ſcribi potuit apertius? Volebat vẽditor prorogari ſibi tempus conditionis. Allegabat fraudem & calliditatem emptoris. Nec tamen eo magis putant Imperatores ei indulgendum vt de pacti iure quicquam per reſcriptum remittatur. At obſtat, inquiũt pragmatici, *lex quoties 2. C. de precib. Imper. offer.* ſi non diſtinctionis fœdere conciliationis ratio aliqua teneatur. Sic. n. lex habet *quoties reſcripto noſtro moratoria præſcriptio permittitur, aditus ſupplicanti pandatur.* Quæ verba † interpretes vulgares ſic omnes accipiunt, vt cùm nihil niſi mora & dilatio petitur, facilè concedenda ſit ex Principis reſcripto, quaſi in ea re nullum aut per modicum verſetur præiudicium eius aduerſus quem reſcriptum impetratur, ex trito illo brocardico, Quod differtur non auffertur. Indéque nimirum tres illæ conciliationes & diſtinctiones ab Accurſio excogitatæ, quarum prima † illa eſt, multum referre an prorogatio temporis in conuentionem deducti petatur per viam actionis, an per viam exceptionis, vt priore caſu concedi non debeat, eáque ſit ſententia *d. l. ſi à te.* Poſteriore verò indulgeri poſſit ex *d. l. quoties* Quam diſtinctionem illud adiuuat, quod in ſpecie *d. l. ſi à te,* id agebat venditor vt rem à ſe venditam afferre poſſet emptori, eidémque poſſeſſori, ac proinde propoſita in eam rem actione, vt probant verba illa, *ſed ſi ſe ſubtrahat, vt iure dominij eandem rem retineat.* Contrà verò in *d. l. 2.* tractatur de præſcriptione, quæ cùm nihil niſi exceptio ſit, ſoli reo competit, non actori. Sed tamen ridicula † diſtinctio eſt quoniam non magis ei qui ex pacto conuenitur, quàm ei qui ex pacto agit permittendum eſt, vt aduerſus ea faciat, quæ pacto cõprehenſa ſunt. Eadémque vtroque caſu vrget ratio & iuris & æquitatis, vt pactũ quod iuſtũ neq. cõtra bonos mores aut leges eſt, omnino ſerua-

11 (margin: 11 beside "interpretãdum" line)

16 re oporteat. Secunda † Accurſij diſtinctio eſt quam Bartolus magis probat, a
prorogatio in longum tempus, an in modicum & breue poſtuletur. Hanc
concedi poſſe putat, illam non item, quod in mora modici temporis damnum
nullum ſit *l. ſi debitoris* 21. D. *de iudic.* quod non ſimiliter dici poteſt ſi longio-
17 ris temporis dilatio concedatur. At neque diſtinctio † hæc legis huius aut il-
lius verbis cõuenit. Neutribi enim exprimitur an de lõga an de breui dilatio-
ne hîc aut ibi tractetur. Et quẽadmodũ moratoria præſcriptio perinde multo-
rũ menſium eſſe poteſt atque vnius, ita fatendũ eſt nõ minùs fieri cõtra pactũ
ſi vel primo poſt elapſa reſtituendi pretij tẽpora momento vẽditor precium
reddere velit quàm ſi poſt decennium id offerret, quandoquidem ſemper ve-
rum eſt intra conſtituta tempora precium redditum non fuiſſe *l. Thais* 41. *§.*
intra D. *de fideic. libert.* Sed & vtroque caſu eædem rationes obtinent quas ſu-
periore cap. adduximus ad probandum, fieri non poſſe per Principis reſcriptũ
vt conditionis cõuentionalis tempora inuitis cõtrahentibus prorogentur. Il-
18 lud tamen ex Accurſij † traditione quantumlibet falſa obſeruandũ eſt lõgio-
ris temporis dilationem Accurſio viſam eſſe eam quæ ſit in annum, ideóque
cõcedi nec debere. Ponit enim vẽditorẽ qui ex pacto preciũ venditionis intra
biennium reddere debuerat petiiſſe ab Impp. vt liceret ſibi in aliũ annum eo-
dem iure vti. Nam ſi anni vnius ſpatium longum eſſe creditur, cùm duntaxat
bienniũ præceſſit, multò magis videri longum debet, ſi pacto ſeptenniũ iã aut
decenniũ cõtinebatur: quia quãto lõgius præceſſit tẽpus, tãtò minùs dignus eſt
vẽditor cui lõgioris tẽporis, prorogatione ſuccurratur: neq; ab hac ſententia
Cagnolus abhorret, qui in cõcipienda quæſt. iſta, vtrũ redimẽdi tẽpora ex re-
ſcripto Principis prorogari poſſint, nõ de alio tempore quærit quàm quòd ſit
duorũ, triúmve mẽſium, ita innuens tẽpus anni vnius, certè longius eſſe quàm
vt debeat indulgeri. Nam & eo caſu quo venditor inopinato fortunæ impe-
tu maxima clade effectus probetur, vt ex ea cauſa conditionem implere pre-
ciúmque intra conſtituta tempora reddere non potuerit, non putat Cagno-
lus ampliùs quàm ſex menſium ad ſummum tempus indulgendum ei eſſe,
ſicque perpetuò obſeruatum ſe vidiſſe teſtatur. Tametſi nec Cagnolus nec
alius quiſquam pragmaticus rationem vllam ſatis rectam poſſit reddere, cur
poſt elapſa tempora quæ in conuentionem fuerant deducta permittendum
ſit venditori, vt intra duos vel tres vel ſex menſes precium reddere, poſſit ad
reſoluendam venditionem potiùs quàm poſt annum, aut cur hoc potiùs
quàm illo die, denique qua demum hora ius illud finiri & coarctari debeat
reſtituendi pretij, & implendæ conditionis. Sanè modicum tempus à Iure-
conſultis definitum videtur, quod condemnatis datur *d. l. ſi debitor* 21. *De iu-*
dic. quod ipſum fuit olim bimeſtre, nunc quadrimeſtre *l.* 2. *& vlt.* C. *de vſur.*
9 *rei iudic.* Tertia † poſtremáque Accurſij ſolutio quam elegantiorem eſſe dece-
bat, omnium ineptiſſima eſt. *Hîc*, inquit, *Princeps noluit indulgere, ibi voluit.*
Verba enim illa legis *remitti hanc conuentionem reſcripto noſtro non iure petis*,
demonſtrãt apertiſſimè, non tam ex iniqua Imperatorum voluntate quàm ex
mera veráque iuris ratione fieri ne conuentio per reſcriptum remitti poſſit.
Longè melius Salicetus † ad *d. l. quoties*, vbi poſtquàm obiecit *dictam l. ſi à te,*
ſolue, inquit, *vt in gloſa.* Tum ſubiicit, verbis quidem parum elegantibus, ſed
tamen tantò ſignificantioribus, *Melius dic, quòd ibi non eſt reſcriptum dilato-*
ria præſcriptionis excluſiuum, ſed augmentatiuũ, & ſic ineptè oppoſuit gloſa ſecun-
dùm quoſdam, vel quia non poteſt eſſe argumentatiuum ex parte venditoris vi ibi

quia

*quin ſit excluſiuum ex parte emptoris. Ideò dic quod illa augmentatio tēporis ha-
bet naturam per emptoria concoſſa qua emptori abſorbet id quod poſt tempus con-
uentum eſſet irreuocabile, ideò non valet vt hic in fine.* Quibus verbis ſignificat
non modò non pugnare ſecum leges illas, quæ contrariæ videntur, ſed con-
ſentire. Nam in ea ipſa *l. quoties,* poſt verba illa quæ iam retulimus, & qui-
bus potiſſimùm Cagnolus mouetur, ſequitur ſtatim, *Quod autem totius nego
tij cognitionē tollit, & vires principalis negotij exhaurit, ſine graui alterius par-
tis diſpēdio conuelli nō poteſt, nec præſcriptionis igitur perēptoria relaxatio peta-
tur.* Certum autem eſt reſcriptum Principis per quod prorogatur tempus,
conditionis implendæ ad extorquendam retrouenditionem ab emptore,
eius naturæ & conditionis eſſe, vt totius negotij cognitionem tollat, & vi-
res principalis negotij exhauriat. Facit enim vt priuetur emptor commodo
ſuæ conuentionis, perindéque admittatur venditor ad implendam conditio-
nem quæ iam defecta ſit ac ſi nondum defecta eſſet. Quamquam in eo perpe-
tuus Saliceti † & aliorum error eſt, quòd exiſtimant ius emptoris quod hu- 22
iuſmodi prorogationis reſcripto abſorbeatur, non niſi poſt tempus conuen-
tum eſſe irreuocabile quaſi non fuerit antea. Nam, vt docuimus in ſuperio-
ribus, ius dominij quod emptor habet in re empta ſub pacto de retrouendē-
do, iam quæſitum eſt in plenum & irreuocabiliter ex die venditionis perfe-
ctæ & per traditionem impletæ, licèt habeat venditor ius redimendi, aut po-
tiùs implendæ conditionis ad petendam retrouenditionem, quoniam
obligatio illa retrouendendi tota conditionalis eſt, & conſequenter nulla
ante impletam conditionem. Et quantumuis pura eſſet, nihil tamen habe-
ret commune cum acquiſitione dominij, ſiquidem per conditionis imple-
mentum non aliud iuris acquiritur venditori, niſi vt exinde nata ſit obliga-
tio, cuius poteſtate liceat ei agere contra emptorem ad retrouendendum:
quod cùm fit, non tamen præcisè cogitur emptor retrouendere, ſed libera-
tur præſtando id quod intereſt, ac tametſi præcisè retrouendere cogeretur,
aliud tamen dominium eſſet quod ab emptore in venditorem transferretur,
aliaque cauſa dominij transferendi ſcilicet ex noua & ſecunda venditione:
nec proinde eo minùs dominium ex prima venditione irreuocabiliter em-
ptori acquiſitum intelligeretur. Neque ad rem pertinet, quod elapſis tempo-
ribus intra quæ conditio impleri potuit, ius illud emptori acquiritur, vt de-
ſinat poſſe obligari vnquam ex eo pacto ad retrouendendum. Nihilomagis
enim irreuocabiliter acquiritur res emptori, cui iam fuerat irreuocabiliter
acquiſita. Illud verò ius per quod deſinat poſſe obligari defecta conditione,
tale eſt quod ante lapſum tempus, defectámque conditionem, nullomodo
emptori fuerat quæſitum, id eſt, ne irreuocabiliter quidem. Quod ipſum ta-
men ius cùm totum in priuatione & negatione conſiſtat, re vera nihil eſt,
neque ius liberationis dici poteſt, cùm ante impletam conditionem nulla ſit
emptoris obligatio à qua liberari poſſit. Et quēadmodū in *l. conditionibus* 5.
D. de cond. & demonſtr. non ineleganter Paulus ſcribit, Pupillu n etiam ſine
tutoris autoritate conditionibus parere poſſe, quia quamuis expleta condi-
tione poſſit aliquando heres eſſe neceſſarius, tamen id fit iure poteſtatis, non
conditionis expletæ: cùm conditionis implementum nihil aliud inducat,
niſi vt inſtitutio quæ conditionalis fuerat, pura reperiatur *l. ei qui ita* 13. *D.
de condit. inſtit.* Ita ex contrario in propoſita quæſtione dici poteſt, defecta
conditione, ſub qua promiſerat emptor ſe retrouenditurum, liberum que-

dem omnino eſſe emptorem ab onere retrouendendi, & irreuocabiliter dominium remanere, ſed id fieri non tam vi & poteſtate defectæ conditionis, quàm ex cauſa & iure emptionis, quæ pura fuit, perfecta, & impleta, licèt quandiu pependit condicio, fuerat emptor in eo, vt intra cõditionis tempora res auocari ab eo poſſet, idque tamẽ ſi non mallet indẽnitatẽ pleniſſimã præ-
22 ſtare vẽditori. Mihi autẽ videtur Baldus † omniũ optimè & aptiſſimè totã rẽ iſtam explicaſſe ad *d.l.quoties*, in quam ſic ſcribit: *Oppono ad primum d.l. antepen. C de pact. int. empt. & vendit. quæ incipit, ſi à te ſolutio, aut dilatio includit in ſe negot. principale, & eſt prohibita impetratio, vt ibi Auth. non includit in ſe negotium principale, ſed ſolum dilationis, & tunc non eſt prohibita vt hic.* Subiicit, *Dices tu, quomodo hoc cognoſcam? ſi ex tempore,* inquit, *pendet exitus controuerſiæ, vt dict. l antepen. Sed quando ex tempore non pendet abſolutio vel condemnatio, tunc apparet quòd tempus ſit quiddam accidentale, non ſubſtantiale.* Quid enim potuit magnus ille vir, & ſi quid mei iudicij eſt, Bartolo longè præſtantior, ſcribere apertiùs, vt doceret quantum interſit, an reſcripto Principis prorogetur tempus conditionis implendæ ad petendam retrouenditionem, an verò moratoriæ literæ concedantur? vulgò literas *reſpirationis* vocant, ad quas pertinere omnes putant quod in *d.l.quoties* ſcriptum eſt de moratoria præſcriptione. Nam cùm quis obligauit ſe ad decem ſoluenda intra menſes tres, duo vtique promiſit, ſcilicet ſe ſoluturum & intra id tempus ſoluturum. Prior pars reſpicit cauſam obligationis in fauorem creditoris, vt habeat ex promiſſione actionem. Poſterior reſpicit cauſam ſolutionis in id vſque tempus dilatæ fauore debitoris, ne ante id tempus conueniri & vrgeri poſſit, ſed tùm demùm duntaxat, cùm totum id tempus præteritum erit *l. qui hoc anno 42. De verb. oblig.* Itaque non poteſt dici tempus eo caſu adiectum limitandæ & finiendæ obligationis gratia, cùm è contrario non niſi eo tempore elapſo incipiat debitor poſſe conueniri: tantum abeſt vt ex ſolo temporis lapſu liberetur. Proinde, vt Baldi verbis vtar, non pendet exitus controuerſiæ ex tempore, ſed tantò magis debitor apparet is cuius obligationis dies qui anteà tantùm ceſſerat, tandem venit. Ita fit vt ſi debitori qui intra menſes tres ſoluere debuit, Princeps indulgeat dilationem ne niſi poſt annum inquietetur, ea dilatio non includat in ſe negotium principale, quemadmodum idem Baldus loquitur, quoniam principale negotium conſiſtit in obligatione, cum qua nihil commune habet tempus ſolutionis, cùm ſiue vlteriore, ſiue citeriore die ſoluendum ſit, ſemper debitor *maneat obligatus.* At verò cùm quis promiſit ſe retrouenditurum, ſi *intra menſes tres* venditor redimere, pretiũmque reſtituere volet, non duæ ſunt promiſſionis partes, ſed vna eſt promiſſio, ſicut & vna conditio quę ſuum tempus habet, vt tantò ſtrictiùs obliget venditorem, cuius oneri conditionis implementũ incumbit, ne poſt id tempus eam implere poſſit. Veréque dici hoc caſu poteſt ex tempore pendére exitum controuerſiæ, quia finito tempore intra quod pecunia in cauſam redemptionis reddi debuit, nulla ſupereſt quæſtio de retrouendendo, non tamen quaſi finita obligatione quomodo illi putant qui tempus hoc caſu finiendæ & limitandæ obligationis gratiâ adiectum eſſe arbitrantur (quandoquidem ex promiſſione conditionali ante cõditionẽ impletã nulla obligatio naſcitur, quæ iam finiri poſſit) ſed quaſi finita & limitata obligationis conditione, quæ perpetua eſſet, emptorémq; perpetuò admitteret ad redimendum ſi non certo vllo tempore coarctaretur. Sic euenit, vt

dilatio

dilatio quam Princeps cōcedere velit ad prorogandam in lōgius tempus redimendi facultatem,proculdubio includat in ſe negotium principale, totúmq; emptoris ius abſorbeat,cùm efficiat vt promiſſio illa cōditionalis quę alioqui ex lapſu temporis propter conditionis defectum euanuiſſet, perinde adhuc ſubſiſtere intelligatur,ac ſi ſub alia conditione longiorē diem habente facta fuiſſet. Quæ quamquam ita ſunt in duobus † tamen Baldus fallitur: 23
in eo primū quòd moratorias illas literas,quas praxis noſtra tam facilè admittit,iuri cōſentaneas eſſe arbitratur, probátque ex *d.l.quoties*, de cuius lectione & ſententia ideo ſequenti capite nobis dicendum erit. Deinde in eo quod notat ad *d.l.ſi à te.* reſcriptum Principis de prorogando tempore ad redimendum datō ita demùm non valere ſi in forma communi impetretur,ita innuens,vt videtur,poſſe valere ſi nō in forma communi & de poteſtate,vt loquuntur,ordinaria concedatur, ſed de plenitudine poteſtatis & adiecta clauſula quæ nō niſi de plenitudine poteſtatis adiici poteſt, *non obſtante lege & pacto.* Is enim conſtātiſſimus † Baldi, vt & aliorum omnium ve- 24
terum interpretū error fuit, quod exiſtimauit,poſſe Principem,ſi pleniſſima illa poteſtate vti velit iuris tertij,ſiue ex ciuili tantùm, ſiue etiam ex naturali & gentiū iure quæſitū ſit,derogare. Etſi in eo quoque ferè omnes cōſentiunt nullū huius pleniſſimæ poteſtatis vſum eſſe debere, niſi vrgēte aliqua iuſta cauſa,eáque ad publicā duntaxat,nō ad priuatam huius vel illius vtilitatem pertinēte. Ego verò,nō modò ridiculā,& iniquā traditionē illā eſſe arbitror, ſed etiāſi faterer verā eſſe,tamē à propoſita quæſtione alienā putarē. Nam, vt iā ſuprà diximus,nō in eo verſatur hæc dubitatio,an rem emptori acquiſitam Princeps emptori auferre poſſit, ſed an in Principis poteſtate ſit facere vt ex promiſſione conditionali in caſum defectæ cōditionis emptor obligetur,& ex conuentione cōtrà quàm conuentionis verba patiantur. Quæ omnia cùm implicent contradictionem,non magis ex pleniſſima & abſoluta, quàm ex ordinaria Principis poteſtate fieri poſſunt, ſicut nec,vt ex contractu obligetur is,qui nullomodo contraxit.

ERROR TERTIVS.

De lectione & ſententia l.quoties 2. C. de precib.imper.offer.

SVMMARIA.

1 *Litera moratoriæ,quas vulgo reſpirationis appellant,qua de cauſa concedi ſoleant.*

2 *Litera moratoria aut vnius anni ſunt, aut quinquennij.*

3 *Ex quibus iuris textibus à pragmaticis probetur dilatio quæ literis moratorijs à Principe debitori indulgetur.*

4 *Non probari ex l.vlt.C.qui bon.ced.poſſ. inuito creditore quinquennales inducias Principem debitori concedere poſſe, contra pragmaticos.*

5 *Ad quas dilationes pertineat l.vniuerſa. 4.C.de precib.Imp.offer.*

6 *Vt probent pragmatici ſuum errorem de literis moratorijs ex l. quoties. 2. C. de precib. Imp. off.*

7 *Vera lectio d.l.reſtituta.*

8 *D.l.interpretatio Accurſij ſecunda Cuiatio probata.*

9 *Præſcriptionem,quæ competit ex pacto, ne intra certum tempus petatur,non eſſe moratoriam,ſed peremptoriam,cōtra Cuiac.& Accurſ.*

10 *Caium IC.tum in l.3.D.de except.minùs partitè locutum eſſe.*

11 *Vera ſententia d.l.quoties.*

12 *Cur reſcripto Principis facilius remittatur dilatoria præſcriptio,quàm peremptoria.*

13 *Ex d.l.quoties, Cagnolum & alios ineptè probare reſcripto Principis tempora redimendi venditori ſub pacti de retrouendendo, prorogari poſſe.*

14 *D.l.quoties. non repugnare l.ſi à te 7. C.de pact.int.empt.& vendit.*

15 *D.l.ſi à te 7.ſententiam Cagnoli ſubuertere.*

16 *Sententiam Cagnoli publicæ vtilitati aduerſarij.*

17 *Etiam ex prorogatione modici temporis magnum damnũ emptorem ſentire cõtra Cagnol.*

18 *Cùm pactum de retrouendendo ſit pars pretij, non poteſt prorogari aut minui tempus conditionis implendæ quin pretium quoque mutetur.*

19 *Non poteſt reſcripto Principis prorogari tempus, quin ipſe contractus immutetur.*

20 *Obiectio pro pragmaticis, & eius dilutio.*

21 *Dilationem temporis ad redimendum cõſtitutis malè conferri à Cagnolo cùm dilatione debitori data ad ſoluendum.*

22 *Dies quatenus cenſeatur ſtipulationi pro reo adiecta.*

23 *Sicut Princeps non poteſt coarctare & abbreuiare tempus in gratiam emptoris: ita neque prorogare in gratiam venditoris.*

24 *Princeps inuitum & ignorantem ſubditum non poteſt obligare.*

FREQVENTIVS in praxi nihil eſt, iis literis moratoriis, de
quibus iam aliquid ſuprà diximus, & quæ vulgò *literas reſpi-*
1 *rationis* appellant. Eas cõcedere† Princeps ſolet egenis debito-
ribus, quos anguſtia rei familiaris ad dictã diẽ ſoluere nõ fa-
cilè patiatur: ac proinde nõ tã iuris quã miſerationis ratione.
Præſertim ſi nouus aliquis caſus ſuperuenerit, qui debitori
fortaſſis anteà locupleti inopinatã attulerit egeſtatẽ, cuius nullã haberi ratio-
nẽ certè inhumanum eſſet, cùm dici ſoleat id quod differtur non auferri, nec
magnũ damnũ eſſe in mora modici temporis *l.ſi debitori* 21. D. *de iudic.* Nam
& medij tẽporis vſuras poſteà exigere creditor poteſt, ne dãnoſum ei ſit bene-
2 ficiũ Principis à debitore impetratum. Solẽt verò huiuſmodi dilationes† apud
nos aut anni vnius eſſe aut quinquennij. Quæ anni vnius ſunt, quia & mino-
ris ſunt præiudicij, faciliùs à iudicibus admittuntur, & nulla niſi iuratoria
cautione præſtita, ſi neget debitor aliter ſe cauere poſſe. Quæ autem quin-
quẽnij, ſicuti grauius dãnũ aut ſaltẽ incõmodũ afferũt creditori, ita nõ tã fa-
cilè aut à Principe cõcedi, aut à iudicibus admitti ſolẽt, ſed ita demùm ſi iuſta
cauſa allegetur & probetur, ac præterea idoneis fideiuſſoribus aut pignori-
bus, indemnitati creditorũ proſpiciatur. De qua re ampliſſimus tractatus ex-
tat apud Petr. Rebuff. *de liter. dilat.* & nos etiam in Codice Sabaudico ſcribe-
3 mus. Huius iuris† probationẽ noſtri ſumũt ex *l.vniuerſa* 4. *C.de prec.Imp.offer.*
in qua diſertis verbis agitur de reſcriptis quæ in debitorũ cauſis ſuper præ-
ſtandis dilationibus promulgãtur, cauetúrq; ne aliter valeant quã ſi fideiuſ-
ſio idonea ſuper debiti ſolutione præbeatur. Itẽ ex *l.vlt. C. qui bon. ceder. poſſ.*
4 quę de induciis quinquẽnalib⁹ tractat. Verùm ita tractat† vt innuere videatur
ex creditorũ volũtate magis quã ex Principis arbitrio pẽdére an inducias tã
lõgas debitorib⁹ cõcedi oporteat. Sic enim Iuſtinian⁹ eo loco loquitur, quaſi
ſolit⁹ mos eſſet, vt implorato per debitores miſerabili auxilio ceſſionis bono-
rũ, electio daretur creditoribus, ex Principis reſcripto, an quinquẽnale ſpatiũ
eis indulgere mallẽt, an potiùs bonorũ ceſſionẽ accipere, vt appareret, poſſe
quidẽ Principẽ admittere debitorẽ ad miſerabile beneficiũ ceſſionis etiã in-
uitis creditorib⁹, ſed nõ ſimiliter niſi volẽtib⁹ ipſis & eligẽtibus, debitori in-
ducias ad ſoluẽdũ indulgere. Neq; ſanè credibile eſt, iã tũ obtinuiſſe, q̃ nũc ob
tinet, vt inuito creditore, imò quod magis eſt, inuitis creditorib. omnib. quin
quẽnales inducias debitori cõcedere Princeps poſſet, ſi mallẽt illi debitorem
inuitum adigere ad ſoluendum, aut ad ceſſionis beneficium implorandum.
Nimis enim longum illud tempus eſt quinquennij, & creditoribus incom-
modum

modum ac oneroſum, quantumlibet is per debitorem cautum proponatur.
Neque verò vllus in toto iure locus eſt quo quis poſſit viſum probare huius
modi reſcriptorum de quinquennalibus inductis, at nec de annalibus conce-
dendis. Nam † quod in *d. l. ſi vniuerſa* ſcriptum eſt de dilationibus præſtandis, 5
ad eas dilationes proculdubio pertinet, quæ ſunt modici temporis, de qui-
bus in *d. l. ſi debitori 21. & l. interdum 36. D. de iudic.* aut ad quinquennales de
quibus in *d. l. vlt. C. qui bon. ceder. poſ.* Vix autem eſt vt hac parte modicū tem-
pus dici poſſit, quod ſit vnius anni: tantum abeſt vt modicum videri debeat
quod ſit biennij aut quinquennij. Mouentur † tamen pragmatici omnes, vt 6
receptiſſimum errorem hūc tueantur, ex *l. quoties 2. C. eod. tit. De precib. Imper.
off.* 1. in primis illis verbis, *quoties reſcripto noſtro moratoria præſcriptio permitti-
tur, aditus ſupplicanti pandatur.* Quæ ſententia cùm ſit generalis, pertinere vi-
detur ad reſcripta omnia, quibus moratoria exceptio concedatur, id eſt ad
moram duntaxat ſolutioni faciendam, vt omnimodo admittenda ſint, nec
de eorum viribus dubitari oporteat. Sed non ita eſt, multóque probabi-
lius tentari poteſt † corruptam ac vitioſam vulgarem lectionem, & pro *per-
mittitur* legendum eſſe *remittitur*, quomodo legiſſe videtur Accurſ. in ſecun- 7
da legis interpretatione, itémque Iacob. Cuiacius *lib. 2. Obſeru. 4. cap. 16.* vbi &
ſecundam illam Accurſij interpretationem probat, quę † illa eſt, vt ſi debito-
ri competat exceptio dilatoria vel moratoria, vt puta pacti conuenti, ne in- 8
tra quinquennium petatur, hæc creditori ſuum perſequenti ante quinquen-
nium remitti & relaxari poſſit: Peremptoria verò non item, vt puta pacti
conuenti, ne vnquam petatur. Sequitur namque in ſecunda legis parte pr-
ſcriptionis peremptoriæ relaxationem ex reſcripto peti non poſſe, ratione
illa quoniam id quod totius negotij cognitionem tollit, & principalis ne-
gotij vires exhaurit, ſine graui alterius partis diſpendio conuelli non poſſet.
Vnde apparet priorem quoque legis partem de præſcriptionis relaxatione,
non conceſſione intelligi debere. Alioqui, quod Iacobus Cuiacius ſubtili-
ter obſeruat, abſurdum illud ſequetur, vt ſic accipi legem oporteat, ac ſi
ſcriptum eſſet, moratoriam præſcriptionem remitti, id eſt concedi poſſe,
Peremptoriam verò conuelli & relaxari, id eſt, concedi non poſſe: qua in-
terpretatione nihil vtique eſſet abſurdius. † Quanquam, nec illud probare vl-
lomodo poſſum, quod idem vir doctiſſimus poſt Accurſium moratoriam 9
præſcriptionem interpretatur eam quæ competat ex pacto ſic inito, ne in-
tra certum tempus petatur. Omnes enim pactorum exceptiones peremp-
toriæ ſunt, cùm ex Prætoris edicto inducantur & confirmentur, non in a-
lium finem, quàm vt actionem perimant, non ipſo quidem iure, ſed in effe-
ctu, quia vis & poteſtas actionis iure ciuili competentis per iuſti pacti ex-
ceptionem eliditur, ſi non in perpetuum, cùm pactum fuit temporale, ſaltē in
id vſq; tempus quod pacto cōprehenſum eſt, licèt reſpectu perpetuarū dican-
tur etiam dilatoriæ, quia ſunt temporales. In quo videtur † mihi non ſatis par-
titè locutus Caius in *l. 3. C. de except.* vbi tēporales exceptiones à dilatoriis non 10
diſtinguit, nec perpetuas à peremptoriis. Nā nec iuſtius aut fortius pactū vllū
eſt, quàm quod eſt De non petendo ſiue conuenerit ne vnquam petatur, ſiue
ne intra hoc aut illud tempus petatur. Proinde non minor fit iniuria paciſcēti
qui ex eiuſmodi pacto temporalem exceptionem habuit, ſi ea exceptio
ipſi adimatur, quàm ſi exceptionem perpetuam habuiſſet. Imò tantò maior
quantò facilius eſt creditori, vt à petendo abſtineat per aliquod tem-

Digitized by Google

pus ne iuſto pacto vim faciat, quàm vt in perpetuum petere prohi-
11 beatur. Itaque, † niſi me fallo, illius loci longè alia ſententia eſt, ad eas
ſolas exceptiones pertinens, quas vulgò dilatorias appellamus: quales
ſunt eæ omnes quæ non ad ipſam cauſam ſpectant, ſed ad perſonas eo-
rum ſine quibus iudicium conſiſtere non poteſt, puta iudicis, actoris,
procuratoris, quæque non ad conſtituti, ſed ad conſtituendi iudicij cau-
ſam referuntur, ſicut è contrario quæ ſunt peremptoriæ ad cauſam ipſam per-
tinent, non ad perſonas, & ad iudicium conſtitutum non ad conſtituendum:
vnde illud eſt quod exceptiones dilatorias opponi neceſſe eſt ante litem con-
teſtatam, peremptorias verò quādocunque ante ſententiam oppoſitas eſſe ſuf-
ficit, *l. exceptionem 19. C. de probat. l. præſcriptionem 8. & l. pen. C. de except.*
Adeóque etiam poſt ſententiā ſi non impugnent iudicatū, cuiuſmodi eſt exce-
ptio ſolutionis, & quæ ab ea non longè diſtat pacti de non petendo, de qua
nunc tractamus, licèt ad hanc attinet, pragmaticos pleroſque contrà ſen-
tire non ignorem: quorum error alio loco fortaſſe à nobis refelletur.
12 Facilè autem eſt intelligere, cur faciliùs † reſcripto Principis dilatoriam
præſcriptionem remittere quàm peremptoriam, quia ſcilicet multò minoris
præiudicij eſt, ſi cui dilatoria, quàm ſi peremptoria exceptio eripiatur: cùm
remiſſa dilatoria nihil de aduerſarij iure detrahatur, ſed iudicij tantùm or-
dinandi ratio immutetur. Quæ cùm ita ſint, fatendum eſt parum ſubtiliter
eos facere, qui ex *d. l. quoties*, probant vſum literarum moratoriarum: ſed il-
13 los multò ſtolidiùs, qui Cagnolum ſecuti, probare voluit ex eo loco, fieri
poſſe per reſcriptum Principis, vt venditori, qui intra certum tempus ad rem
redimendam implere conditionem pretiúmque reddere debuit, conditio-
nis implendæ ius in longius tempus prorogetur, nam etſi ſecundam illam
Accurſij interpretationem quam Cuiacius laudat, ſequi velles, fatendum ta-
men eſſet, huiuſmodi promiſſione retrouendendi ſub ea conditione ſi pe-
cunia intra biennium reſtituetur, includi à contrario ſenſu pactum de nun-
quam petenda retrouenditione, ſi intra biennium pretium non reſtituetur.
In quo differt promiſſio hæc ab obligatione ſoluendi intra certum tempus
qua nemo dixerit includi pactum contrarium, De nunquam ſoluendo poſt
id tempus, quia cùm ea emptoris adiectio, non ad legem obligationi dandā,
ſed tantùm ad differendam ſolutionem facta ſit, prodeſſe non poteſt ad in-
ducendam vllo caſu liberationem. At potiùs, vt debitor qui videt ſe propter
illam adiectionem ante conuentum tempus conueniri non poſſe, *intelligat*
14 futurum poſt id tēpus vt cōueniri poſſit. Quare nec quicquā cauſę eſt, cur † *d. l.*
quoties obijciatur *lex ſi à te 7. C. de pact. int. emp. & vend.* de qua ſcripſimus cap.
ſuperiore. Nam vt Cuiac. ſupradicto loco non minùs apertè quàm appoſitè
reſpondet, venditor qui poſtulat vt ſibi poſt conſtitutum diem offerre pre-
tium emptori & venditionem, vt ille loquitur, reſoluere liceat, iam non di-
latoriam, ſed peremptoriam pręſcriptionem remitti poſtulat, quandoquidem
venditori poſt diem offerenti rectè præſcribere emptor poteſt nullum am-
15 plius offerendi ius ſupereſſe. Illud verò multò magis mirādum eſt Cagnolū, †
Antonium, Solam, alióſque pragmaticos qui nihil habent quod pro tuenda
ſententia ſua proferāt præter *dictam l. quoties. C. de precib. Imp. offer.* nihil reſpō-
dere ad *d. l. ſi à te.* cuius verba tá aperta ſunt aduerſus hūc errorē, vt nō poſſint
fingi apertiora. Niſi quod Cagnol. *quæſt. 35. ad l. 2. C. de pact. int. empt. & vend.*
ſic eā legē intelligere videtur, vt procedat cū Princeps in totū vellet deroga-
re pacto

Digitized by Google

re pacto de retrouendẽdo. Prorſus ridiculè. Nõ enim fieri poteſt vt venditor
poſtulet diſcedi à toto eo pacto, cuius cõtra intereſſet redimẽdi facultatem
habere perpetuã, nec certo vllo tẽpore coanguſtatã. Atqui in ſpecie *d. l. ſi à te*
conſulebantur Imperatores à venditore non ab emptore, petebátque ven-
ditor remitti pactum vt proximo errore probauimus. Non igitur petebat
in totum remitti, ſed tantùm ex ea parte qua cogebatur ille pecuniam red-
dere intra certum tempus, quod in eo erat vt ante impletam conditionem
lapſum iri videretur. Itaque cum Cagnoli & aliorum eiuſdem ponderis pra-
gmaticorum autoritas, ſi qua eſt, non ſolùm euidentiſſimi iuris ratione, ſed
ipſius etiam legis autoritate conuincatur, ne Baldos, Salicetos & Cuiacios
obiiciam planè non video, cur non tantus error hic à Senatu noſtro hucuſ-
que exploſus, ad autores fautoréſque ſuos in perpetuum relegandus ſit,
tanquam reipublicæ quoque pernicioſiſſimus. Impugnat † enim far è publi- 16
cam vtilitatem, nec facilè reperientur qui velint emere ſub hac lege pacto-
que De retrouendendo, ſi ius ita conſtituatur, vt conditionis, quæ ſuum cer-
túmque tempus habuit ex conuentione paciſcentium, tempora præſcripta
ex ſolo Principis reſcripto prorogari poſſint inſcio adeóque inuito empto-
re, qui non niſi ſub ea conditione obligatum ſe voluit ad retrouendendum.
Quænam enim commerciorum & pactorum fides poſthac erit, ſi quæ inter
contrahentes iuſte placuerunt iis ignorantibus & inuitis pro Principis ar-
bitrio immutentur? Nec enim poſſis hoc † caſu idipſum vſurpare, quod in 17
moratoriis literis vſurpari ſolere diximus, damnum nullum eſſe in mora
modici temporis, cùm in actibus momẽtaneis qualis hic eſt redimendæ rei
venditæ, non minùs damnum ſentiat emptor ex prorogatione vel vnius ho-
ræ quàm ſi prorogatio fieret in mille annos, ſiquidem ea ipſa hora redime-
re venditor poterit, qui alioquin redimendi ius nullum amplius vnquam ha-
buiſſet. Nam & ob eam cauſam ſolent in huiuſmodi cauſis imputari tempo-
ra de momento in momentum, vt appareat ne vel vno quidem poſt præte-
ritum tempus momento licere quod antè licebat. Et verò cùm negari non
poſſit quod nos toties diximus, non minùs ex pragmaticorum quàm ex no-
ſtra ſententia, ſolo Pinello excepto ad *l. 2. C. de reſcind. vẽdit.* Pactum † de re-
trouendendo partem eſſe pretij, ſicut & cætera pacta omnia, quæ in ven-
ditionibus adhibentur *l. fundi partem 79. D. de contr. empt. l. ſi vẽditor 6. §. vlt.
De ſeruis export.* Illud etiam fatendum eſt, non poſſe prorogari aut minui
tempus conditionis implendæ, quin venditionis quoque pretium vel auge-
ri vel imminui videatur, quoniam vtique vel pluris vel minoris empturus
fuit emptor ſi tempus illud vel longius vel breuius conuentum fuiſſet. At-
qui quantulacumque mutatio fiat pretij vel vno tantùm, ſi voles, denario
addito vel detracto, venditionem quoque immutari & aliam fieri neceſſe
eſt, quia emptionis ſubſtantia conſiſtit ex pretio, inquit Paulus in *l. pacta con-
uenta 72. D. de contr. empt.* Subſtantia autem cuiuſlibet contractus indiuidua
eſt. Vnde illud fit vt ſi ex ea cauſa permittatur aliquando recedere à contra-
ctu, vt puta beneficio in integrum reſtitutionis non ſit audiendus is qui non
niſi pro parte recedere vult, ſed vel in totum, vel nulla prorſus ex parte ab
eo recedi oporteat *l. tutor. 47. §. curator. D. de minor. l. ſi quis aliam 46. D. de ſo-
lut.* Non magis ergo fieri poteſt per reſcriptum † Principis, vt tempora cõdi- 19
tionis conuentionalis ad ampliandam aut reſtringendam redimendi facul-

tatem aut prorogentur aut minuantur, quàm vt citrà contractus reſciſſionem à toto contractu diſcedatur, &, quod difficilius eſt, nouus contractus ipſis quoque contrahentibus inuitis ineatur. Nec ſanè vlli vnquam venit in mentem vt diceret, reſcripto Principis fieri poſſe, vt venditor qui ex conuentione pretium reddere poſſit intra bienniũ, cogatur reddere intra biennium, nec poſt biennium offerens admittatur. Cur verò difficilius illud recipietur, quàm vt ex contrario venditori qui intra biennium ex conuentione pretium reddere debuit, ad triennium vſque offerendi ius ſuperſit? Aut quid inter hæc diuerſum eſt, niſi quod hoc caſu iniuria fit emptori, illo venditori?
20 Dices † forta ſe vt pro pragmaticis ſubtilem agas, faciliùs eſſe vt conditionis tempora prorogentur, quàm vt reſtringantur, quia dies in ſtipulationibus adiici ſolet pro promiſſore, non pro ſtipulatore *l. quod quis* 50. *D. de oblig. & action. l. cum qui Calendis* 41. *§. quoties. De verb. oblig. l. cum tempus* 17. *De regul. iur.* Sed reſpondeo, hanc rationem pro noſtra potiùs facere ſententia, quoniam is demùm dies pro promiſſore & debitore adiicitur, qui differendæ tantùm exactionis & ſolutionis gratia adiicitur: quod euenit in omnibus in diem obligationibus, quarũ diem conſtat non minùs ſtatim cedere, licèt non priùs veniſſe intelligatur quàm totum illud tempus præterierit, quod in conuentionem deductum fuit, ex quibus proinde confeſtim agi poſſet, tanquam ex puris, ſi non adiectione diei ius illud agendi ſuſpenderetur *l. cedere diem* 213. *De verb. ſignific.* Quæ res facit vt ſi in diem debitor ante diem ſoluerit etiam per errorem, non poſſit repetere, quia verè debitor fuit *l. in diem* 10. *D. de condict. indeb.* At cùm obligatio non in diem concepta fuit, ſed ſub conditione, conditioni autem inſertum eſt tempus ad limitandam & coanguſtandam conditionis implendæ facultatem, quemadmodum euenit in ea ſpecie quam nos tractamus, id eſt promiſſa per emptorem retrouenditone ſub hac conditione, Si venditor intra biennium pecuniam reddet, dico adiectionem diei non pro eo eſſe qui pecuniam debet, id eſt pro venditore, ſed omnino contra eum pro quo adpoſita conditio eſt, id eſt qui conditionem implere poſſit, & eam implendo comparare ſibi actionem, cùm ſi dies nulla eſſet, poſſet ille quandocumque ſaltẽ ad triginta vſque annos implere conditionem. Ergo contra debitorem adiectio illa diei eſt, non contra emptorem, tametſi pecuniam illam quæ conditionis implendæ cauſa data eſt venditor debere videatur, non emptor. Quamquam ſi propiùs & ſubtiliùs intueare, emptor potiùs quàm venditor in propoſito debitor dici debet, vt ſemper verum ſit diei adiectionem eſſe pro debitore. Eſt enim debitor retrouenditionis, nimirum ſub conditione illa, Si venditor intra biennium pecuniam reddat, ſiue ſtipulatio, ſiue pactum de retrouendendo in ipſa venditione interuenerit. Venditor autem nullomodo debitor eſt, ne quidem pecuniæ (in quo decipi omnes video quotquot hanc quæſtionem tractant) quia vt pecuniam reddat non eſt poſitum in obligatione ſiue pura, ſiue in diem, ſiue conditionali, quæ omnes ſunt omnium obligationum ſpecies, ſed in conditione dumtaxat, ideóque nullo vnquam tempore, nec vllo vnquam caſu fieri poteſt vt actio competat debitori aduerſus venditorem, per quam cogatur venditor rem redimere & pretium reſtituere ſi nolit. Nec ad rem pertinet quod ſi venditor eam pecuniam emptori ſoluerit, repetere non poteſt, cuius tamen repetendæ ius videretur ſaluũ ei eſſe debere ſi pecuniam nullomodo debuiſſet. Nõ enim repetitionis

Digitized by Google

tionis impediendæ ratio illa eſt,quòd pecunia illa ante ſolutionẽ aliquomodo deberetur, ſed quia licèt omnino eſſet indebita, non tamen ſoluta videri poteſt ſine cauſa quæ conditionis implendæ gratia ſoluta eſt. Itaque retineri per emptorem optimo iure poteſt non obligationis iure,ſed expletæ conditionis. Et quemadmodum dicimus,ſi legatus ſit fundus aut relicta hereditas Titio ſub conditione dandorum decem Sempronio,Sempronium ea decem capere non legati, at ne quidem teſtamenti iure, ſed tantùm conditionis impletæ cauſa *l.ſi is qui ſub cõditione* 8.D.*ſi quis omiſ.cauſ.teſtam.* nec ideò tamen repetitio dari Titio debet, quia iuſtam habuit cauſam dandi, quamuis nullam Sempronius accipiendi, ſic dicendum eſt, pecuniam quam venditor emptori nullomodo debuit, ſed quam tamen implendæ conditionis cauſa pro redemptione omnimodo ſolui oportuit, ſi ſoluta ſit repeti nõ poſſe,nec eò minùs tamen verum eſſe antequàm ſolueretur prorſus indebitam eam fuiſſe. Ex quo apparet euidentiùs, quàm ineptè faciant pragmatici, qui poſt Cagnolum † huiuſmodi prorogationes aſſimilant dilationibus quæ 21 reſcripto Principis debitoribus ad ſoluendũ dantur,de venditore ſic tractantes tanquam de debitore, & contrà de emptore tanquam de creditore: cùm tamen neque debitor vllomodo ille ſit, neque hic vllomodo creditor, ſed ille potiùs creditor conditionalis cui actio competitura eſt ad petendam retrouenditionem, dummodò impleta priùs conditione, hic potiùs debitor ex promiſſione facta de retrouendendo, ſed ſub ea conditione, Si pecunia precij per venditorem intra conſtitutum tempus reſtituetur. Et tamen etiamſi admitteremus rectam eſſe venditoris & debitoris comparationem hactenus vt venditorem qui ius redimendi haberet, debitorem emptoris dici oporteret,& diei adiectionem in propoſita ſpecie pro venditore eſſe debere potiùs quàm pro emptore: quod falſiſſimum eſt,tentari adhuc poſſet debere Principi perinde licere diem ſolutioni dictam coarctare, atque differre, cùm vtroque caſu perinde faciat aduerſus conuentionem, nec grauius aut intolerabilius damnum patiatur debitor ex repræſentatione paucorum dierum, quàm creditor ex mora modici temporis. Nã quod dicimus diei † adiectio- 22 nem pro reo eſſe,non pro ſtipulatore,non aliam rationem habet, quàm quia diei adiectio facit ne poſſit debitor ante diem conueniri, qui alioquin non inutiliter ſtatim conueniretur. Cæterùm vbi venit dies, nullus ſupereſt fauor debitoris,nõ magis quam ſi obligatio purè concepta eſſet, ideóque protinus conuenire & vrgeri poteſt,non quòd ex eo tempore dies pro creditore & ſtipulatore adiecta videri debeat, vt quidam putant, ſed quia ſublato per aduentum diei impedimento quod exactionem remorabatur, obligatio remanet pura, incipitque creditor obligatus eſſe purè non ob adiectam, ſed ob præteritam diem. Nihil igitur cauſæ eſt cur maior eſſe debeat poteſtas Principis in prorogando quàm in repræſentando tempore ſolutionis, præſertim quando neque nouum illud eſt vt ex obligationibus in diem conceptis aliquando etiam ante diem agatur,non quidem ad ſolutionem, ſed ad præſtandam cautionem, ſcilicet ſi ex bonæ fidei iudicio debeatur, & iuſta ſit cauſa interponendæ cautionis, vt Papinianus ſcribit in *l.omnibus* 41.*De iudic.*Nam ſi id fieri poteſt per iudicem cuius officium duntaxat imploratum ſit, quidni poterit Princeps ex iuſta cauſa iubere repræſentari ſolutionem,pro modico ſaltem tempore? Eadẽ igitur ratione dicendum eſſet, Si liceat Principi † tempus conditionis quæ ad redimendum implenda eſt, pro 23

menſibus aliquot prorogare, æquè ipſi licere debere, vt idem tempus ſaltem
pro aliquot diebus coarctet & abbreuiet in fauorem emptoris. Atqui nemo
vnquam opinionem tam improbabilem aut inuexit, aut inuecturus eſt. Ne-
que ergo illi ferendi ſunt, qui prorogandi arbitrium pro tempore quan-
tumlibet modico Principi permittunt. Quid enim aliud faciunt, niſi vt
in Principis poteſtate ſit efficere, vti pro arbitrio venditoris emptor obli-
getur qui alioquin nullomodo eſſet obligatus? Nam cùm illa conditio ſub
qua promittitur retrouenditio, ſit ex earum genere, quas interpretes pote-
ſtatiuas vocant (ſiquidem in venditoris poteſtate eſt, an pretium venditio-
nis velit emptori reddere néc ne) nec obligetur emptor niſi poſtquàm ven-
ditor impleuit conditionem, apparet Principem cùm tempus conditionis
prorogat, hoc ipſo in manu & arbitrio venditoris ponere an emptorem ſibi
obligatum velit, poſt illud etiam tempus, quo præterito ſtipulationis con-
24 ditionalis tota vis ſpéſque alioquin euanuiſſet. Quid verò dici poteſt ab-
ſurdius, quàm vt ex vnius voluntate pendeat, an alius obligetur ignorans,
adeóque inuitus? Tribue ſupremo Principi quantum voles poteſtatem. Se-
para plenitudinem poteſtatis abſolutæ à poteſtate ordinaria & bene ordi-
nata. Fac omnia eſſe Cæſaris, nō imperio duntaxat, ſed etiam dominio. Aſſe-
queris ſanè vt rei meæ dominium mihi eripere poſſit etiam ſine cauſa, ſed
non item, vt poſſit me obligare, nunc primùm, aut iam liberatum rurſus re-
uocare in obligationem (quod adhuc difficilius eſt) tanquam ex conuentio-
ne ſub ea conditione ſub qua nihil promiſerim: quia præter id quòd ea res
implicat contradictionem, pendet etiam ex animi mei ſententia & volunta-
te, ad quam vſque non poteſt Principis quantumlibet ſupremi poteſtas ſiue
iuſta, ſiue iniuſta pertingere. Denique placet digna Principe vox illa Imp.
Honorij & Theodoſij in *l. omnium* 19. *C. de teſtam.* Voluntates hominum,
inquiunt illi, audire volumus, non iubere.

ERROR QVARTVS.

De prorogando per tutorem, aut curatorem, aut procuratorem tempore conditionis ſub qua emptor promiſit retrouenditionem.

SVMMARIA.

1 *An liceat tutori, aut curatori, aut procuratori, aliúue adminiſtratori prorogare tempus conditionis ſub qua emptor retrouenditionem promiſit.*

2 *Cagnoli & ſequacium ſententia affirmans.*

3 *Limitatio ſententiæ Cagnoli.*

4 *Error pragmaticorum.*

5 *Sententiæ Cagnoli refutatio. & ſeqq.*

6 *Quæ ſit vis pacti de retrouendendo.*

7 *Reijcitur limitatio nu. 3. propoſita.*

8 *Non eſt ſimilis ratio prorogationis quæ differt tempus ſolutionis, & eius quæ differt tempus redemptionis.*

9 *Perſonæ enumeratæ num. 1. non poſſunt prorogare tempus ſolutioni dictũ: contra Cagnol.*

10 *Quo caſu admittenda putet autor Principis reſcripta ad differendam ſolutionem impetrata.*

11 *Reijcitur ratio T iraquelli negantis valere prorogationem temporis ad redimendum datã factam à tutore vel curatore, propterea quòd contineat alienationem.*

12 *Vera ratio propter quam huiuſmodi prorogatio valere nequit.*

13 *Quæ de re propriè quæratur, cùm diſputatur an tutor pro pupillo poſſit prorogare tempus redimendi: & quomodo ad quæſtionem reſpondendum.*

14 *Tutor pupillum quatenus obligare queat.*

15 *Princeps ſubditũ inuitum aut ignorãtem obligare*

obligare nequit.

16 *Redimendi ius à Principe prorogatum conuentionale dici nequit.*

17 *Curator minorem obligare nequit.*

18 *Procurator dominum an & quando obligare poſſit.*

19 *Quando non ſit permittendum tutori, vt proroget venditori tempus redimendi.*

20 *Caſus quo poteſt tutor tempus prorogare.*

21 *Alius caſus quo tandem poteſtas tutori tribuitur.*

22 *Caſus quo poteſt tutor prædium pupilli ſine decreto alienare.*

23 *Quæ ſit cauſa decreti quod in alienatione rerum minoru exigit oratio Seueri.*

24 *Si fundus non ſit minoris, ſed in dominio alterius, licet minori obligatus, decretum nullum neceſſarium eſt.*

QVI ex pragmaticis putant, reſcripto Principis prorogari poſſe tempus conditionis per venditorem implendæ ad extorquendam retrouenditionem, iidem diſputant, vtrum † tutori 1
aut curatori, aut procuratori alijve adminiſtratori liceat ſimiliter idem illud tempus prorogare. Neque cunctantur quin † eodē Ca- 2
gnolo duce, quem ſuperioris erroris autorem habent ad *l.2.Cod.de pact. inter empt. & vendit. quæſt.* 34. reſpondendum etiam arbitrentur, prorogationem hanc omnibus iis permiſſam eſſe, qui generalem habent & liberam bonorum adminiſtrationem. Sic enim idem Cagnolus *d.l.*2. eandem ſibi fingens errandi cauſam in vtraque quæſtione, nimirum quod prorogationem hanc ſimilem eſſe putet dilationi quæ debitoribus ad ſoluendum detur: quam ſicut ex reſcripto Principis egeno & miſero debitori dandam eſſe non dubitauit, ita & à tutore, curatore, generali procuratore, aliiſque huiuſmodi perſonis indulgeri poſſe contendit: quaſi vrgente vtrobique eadem iuris ratione, quòd vel nullum, vel non niſi modicum damnum ſit in mora modici temporis, ex *l.ſi debitori* 21.D.*de iudic.*& *ex notat.* per Bart.in *l.qui Romæ* 122.§.*Callimachus.De verb.oblig.* In quo tamen obſeruandum eſt
eo demùm caſu ſic ſentire † Cagnolū quo huiuſmodi prorogatio facta ſit ante 3
finitum tempus, quod fuerat in conuentionē deductum. Alioqui iam finito eo fatentur omnes non poſſe locum eſſe prorogationi, ſiue quia tēpus quod nullum ſupereſt prorogari nequeat, vt Tiraquellus diſputat *De retract.conuent.*§.1.*gloſ.*7.in verb.*feront preferés.num.*24. Siue quòd ea prorogatio poſt tempus iam elapſum facta, ſpecies quædam eſſet alienationis rei iam irreuocabiliter acquiſitæ, quemadmodum idem Tiraq. ratiocinatur ad finem *dict. tit.De retract.conuent.num.*17.Is nàmque † conſtans & perpetuus pragmatico- 4
rum error eſt, quòd exiſtimant rem venditam ſub pacto de retrouendendo, non videri alienatam irreuocabiliter à venditore, nec proinde irreuocabiliter acquiſitam ab emptore, quandiu tempora largiuntur vt peti retrouenditio poſſit. Itaque † neceſſe eſt vt ſe victos agnoſcant, ſtatim atque probatum 5
eſt à nobis pactum de retrouendendo nihil obſtare, quominùs dominij acquiſitio irreuocabiliter facta eſſe videatur. Omnes ſiquidem admittunt non licere tutori aut curatori, vt neque procuratori liberam adminiſtrationem non habenti, vt rem domini præſertim pupilli aut minoris, & immobilē alienet ſine decreto. Atqui nihil, meo iudicio, dici poteſt apertius, quàm quod in ſuperioribus tam ſæpe inculcauimus, & ni fallimur, probauimus,
Pacti † de retrouendendo non eā vim eſſe, vt vel impediat alienationem, vel 6
faciat reuocabilem, ſed tantùm vt obliget emptorem ad retrouendendum ſub ea conditione, Si intra præſcripta tempora pretium à venditore reſti-

tuetur. Cuius obligationis conditionalis effectus ille eſt, vt ſi impleta ſit cõditio, adigendus ſit emptor ad faciendam retrouenditionem, niſi malit præſtare quanti ex ea cauſa poteſt intereſſe venditoris, ſin defecta ſit conditio nulla vnquam promiſſio facta eſſe intelligatur, maneátque res emptori purè irreuocabiliter acquiſita, non propter defectam conditionem, ſed propter perfectam impletámque venditionem. Nullo igitur caſu permittendum eſt iſtis perſonis de quibus tractamus, vt prorogent tempus inſertum conditioni pacti de retrouendendo. Nec † magis antequàm finitum ſit tempus illud, quàm ſi iam finitum eſſet, ſi hoc vnum inſpiciendum eſt quod pragmatici inſpici volunt, an rei dominium ſit irreuocabiliter acquiſitum. Quod ſi verum eſt prorogationem hanc temporis in retrouendendi pacto expreſſi, meram continere alienationem ſi poſt præteritum tempus fiat, conſequens eſt vt æquè contineat illa quæ fit ante id tempus finitum. Qua ratione non inſubtiliter mouetur Tiraquellus vbi ſupr. *num.* 18. vt contra Cagnolum ſentiat, nec patiatur ſimilem conſtitui rationem prorogationis, quæ duntaxat differat tempus ſolutionis, & iſtius de qua diſputamus, *per quam*, inquit, *immobilia alienantur.* Nam† in ſimplici prorogatione temporis ſoluendi multò faciliùs admitti illud poteſt, vt tempus prorogare tutor poſſit, quòd adferat modicum præiudicij, quia quod differtur non auffertur. *§. libertas. Inſtitut. de ſingul. reb per fideic. relict.* At proprietatis & dominij alienatio non poteſt non magni eſſe præiudicij, ſi quid aliud in hominum commercio tale eſt. Neque tamen † admittere Tiraq. poteſt, quod pro certo Cagnolus ponit vſque adeò tribuendũ eſſe autoritati tutoris vel curatoris, vel procuratoris generalis, vt tempus ſolutioni dictum prorogare poſſint. Etſi enim ita ſenſiſſe videtur Bar. ad *d. §. Callimachus*, diſtinguens procuratorem, qui ad vniuerſalem ſolutionem deputatus eſt ab eo qui ad vnicam duntaxat, contraria tamen ſententia magis communiter recepta eſt, quæ & probatur ex *d. §. Callimachus*, eóq; iure nos vti teſtatur Carolus Molin. in *Conſuet. Pariſ. titul. 1. §. 27. quaſt. 2. numer. 4.* Et rectè. Nam quemadmodum plus ſoluere intelligitur, qui ante diem ſoluit *l. Iauolenus 15. alias l. eum qui de annuis legat.* ita & minùs qui ſoluit poſt diem, vnde illud induci neceſſe fuit, vt ex eo die ſi quid interſit ſtipulatoris totum id à promiſſore præſtari debeat, itémque fructus, & vſuræ *l. ſi Calendis 11. D. de re iudic. l. ſi fundum certo die 114. D. verb. obligat.* non tanquam ex mora, vt vulgò creditur, (cuius ſcilicet nullam in ſtricti iuris iudicio rationem haberi oporteret) ſed tanquam ex principali obligatione, cuius pars quædam dies eſt, non aliam ob cauſam adiecta quàm vt intelligeret promiſſor futurum vt non aliter ſatisfacere poſſet conuentioni, quàm ſi ſatisfaceret intra præſcriptam diem. Itaque non poteſt concedi dilatio illa ad ſoluendum in longiorem diem, quin diminutio quædam debiti fiat, quantulùmcunque tempus illud ſit in quod ſolutio differatur. Atqui nihil omnino ne tantillum quidem ex bonis pupilli diminuere tutor poteſt, aut ex adulti bonis curator: quia domini loco non habentur niſi quantum neceſſe eſt ad tuendum conſeruandúmque patrimonium non ad diminuendum, *l. qui fundum 7. §. ſi tutor. D. pro emptor.* Non ergo permittendum iis eſt, qui alieni patrimonij diminuendi ius non habent, vt huiuſmodi dilationem concedant. Ergo nec principi, ſaltem de poteſtate, vt loquuntur, & ordinaria, & ordinata. Qua ratione magis moueor, vt verum eſſe putem, quod in ſuperioribus diſputaui, non alio† caſu admittenda eſſe principis reſcripta ad differendam ſolutionem impetrata, quàm

quàm quo nolit creditor annales, aut quinquennales ad ſummum inducias indulgere debitori, quem Princeps ex reſcripto ad miſerabilem bonorum ceſſionem faciẽdam admiſerit, *l. vlt. C. qui bon. ceder. poſſ.* atque ita eſſe interpretandum, quod de huiuſmodi reſcriptis proditum eſt in *l. vniuerſa* 4. *C. de precib. Imper. offer.* Quòd ſi in ea quoque dilatione & prorogatione quę ad ſolutionem tantùm pertinet, falſa ex ſententia Cagnoli & aliorum exiſtimantium poſſe eam fieri per tutorem, aut curatorem, aut Principem, quantò magis falſa erit, ex qua parte volunt redimendi tempora per has perſonas poſſe prorogari? Quamquam non placet mihi ratio † illa Tiraquelli, negantis va- 11
lere huiuſmodi prorogationem, quæ à tutore vel curatore facta ſit, propterea quod contineat alienationem. Nam ſi pactum ipſum de retrouendendo, alienatio non eſt, multò minùs alienare videri debet is, qui redimendi tempus prorogat, ſiue antequàm finitum ſit, ſiue poſteà. Quid igitur? Alienandi cauſam duntaxat præbet qui ſe obligat ad retrouendendum, quoniam ita facit vt ex obligatione quæ tum demum ſub conditione poteſtatiua contrahitur, cogi poſſit ad rem retrouendendam, & retrotradendam venditori intra præſcriptum tempus ſiue ab initio conſtitutum ſiue ex poſt facto prorogatum conditionem adimpleti, pretiúmque reſtitutionem offerenti, niſi malit præſtare quanti ex ea cauſa poteſt intereſſe venditoris. hanc enim electionem emptori dãdam eſſe iam ſæpiùs diximus. Ex quo apparet, per pactum de retrouendendo, & conſequenter per prorogationem temporis ad redimendum dati, non ſolùm alienationem nullam fieri, ſed neque alienandi cauſam præcisè præberi, ſed alternatiuè tantùm. Quod ſi ita eſt, non poteſt ea ratio impedire prorogationẽ quam tutor vel curator fecerit, quòd neq; tutori liceat alienare prædiũ pupillare, neque curatori prædium minoris. Non enim prohibentur hę perſonę pupillũ aut adultum obligare, licèt ea obligatio cauſam alienationis præbere aliquando poſſit. Tũ verò, quid ſi non de prædio agatur, ſed de re mobili, cuius alienatio neq; tutori interdicta ſit, neq; curatori? An eò magis admittemus valere factam ab iis prorogationem temporis intra quod venditor redimere debuerat? Minimè verò vt ego quidem exiſtimo. Illa igitur ratio † & generalior & accommodatior à Tiraquello ad- 12
ferri debuit, quòd huiuſmodi prorogatio fieri nunquam poſſit quin obligationis conditio immutetur, ac proinde quin obligatio noua contrahatur, cùm venditore intra priora tempora non offerente prior illa promiſſio euaneſcat ob defectam conditionem, atque ita euenire neceſſe ſit, vt prorogetur id quod non eſt, ſi non niſi prorogationis iure hæc conuentio cenſeatur. Vnde illud etiam fieri conſequens eſt, vt non alius prorogare poſſit, quàm qui ipſe primum ſe ſub ea conditione obligauit, aut qui emptorẽ emptoriſve heredem ſub eadem conditionis ſpecie obligare nunc primùm poſſet. Hoc ego contendo, non eſſe difficilius, vt rem à pupilli patre emptã ſine onere retrouendendi, tutor pupilli nomine promittat retrouendere ſub ea conditione, ſi intra certum tempus pecunia à venditore reſtituetur, quàm vt tempus quòd pater conſtituerat, & poſuerat in cõditione & promiſſione retrouenditionis faciendę, proroget venditori. Itaque cùm quærimus, † an tu- 13
tor pro pupillo poſſit prorogare tẽpus redimendi, non de illo diſputamus, an rẽ pupilli ſiue mobilẽ ſiue immobilem alienare poſſit, ſed, an pupillũ obligare ſub cõditione, quæ in ſtipulatoris poteſtate futura ſit, vt rẽ ſuam venderet rem, inquã, quæ à patre pupilli empta fuerit ſine vllo pacto de retrouen-

dendo. Etſi enim ponimus eiuſmodi pactũ in emptione per patrẽ facta in-
teruenisſe,non tamen maiorẽ illius rationẽ habere poſſumus quod attinet ad
prorogandi licentiã tutori indulgendã,quàm ſi nullũ interueniſſet,cùm pro-
rogatio facere non poſſit vt eo minùs euaneſcat conditionalis illa ſtipulatio
quæ cum pupilli patre interpoſita fuerat, quia non primam conditionem
extendit (quod per pactum non magis fieri poteſt quàm vt longius tempus
in breuiore contineatur) ſed nouam inducit, & per conſequentias nouam
obligationem conditionalem, cum obligationis conditionalis ſubſtantia, ſi
qua eſt,& vt ita dicam identitas, tota ex conditione æſtimetur. Iiſdem ergo
diſtinctionibus expedienda res eſt,quibus vtendum eſſet ſi quæreretur an tu-
14 tori pupillum obligare liceat:nimirum † valere obligationem,dicendum eſt,
ſi pupillo vtilis proponatur, qui fortaſſe ob eam cauſam maius quidpiam a-
liud fuerit conſecutus,ſi minùs,non valere. Solemus enim ex pupilli vtilita-
te æſtimare omnia quæ in re pupilli tutor geſſerit. Quæ tamẽ diſtinctio non
ſimiliter cadere poteſt in eam prorogationem, quam Princeps venditori li-
beraliter indulſerit, neſcio vel inuito emptore. Nunquam enim in Principis
15 poteſtate † eſt vt ſubditum ſuum ignorantem aut inuitum obliget,ſaltẽ qua-
ſi ex conuentione,ne quidem de plenitudine poteſtatis, quia non ſicut tutor
pupilli perſonam repræſentat, ita & Princeps ſubditi ſui, vt eadem cum ipſo
perſona eſſe exiſtimetur: prorſúſque implicat contradictionem vt redimen-
di ius tanquam ex conuentione & contractu competat intra tempus proro-
gatum aduerſus eum qui neque ipſe prorogauit neque prorogationi à Prin-
cipe factæ vnquam conſenſit. Quod ſi conuentionale non eſt,quæro à pra-
gmaticis, an municipale dicendum erit,an principale,aut quo alio nouo no-
16 mine donandum?Reſpondebunt † omnes,eſſe conuentionale.Sed qua ratio-
ne poſſit dici conuentionale, quod ex mera Principis voluntate non ſolùm
citra, ſed etiam contra expreſſam conuentionem inducitur, numquam cer-
tè explicabunt. Vellem vt ſaltem erubeſcerent,cùm obmuteſcunt. Quod de
17 tutore diximus, non ſimiliter de curatore dici poteſt. Cùm enim curator †
etiam generalis non perſonæ detur, ſed rebus,indéque fiat vt curator nun-
quam adulti perſonam repræſentet ſi eum excipias qui furioſo aut prodigo
datur (hic enim datur etiam perſonæ) nũquam permittimus curatori vt mi-
norem obliget ignorantem aut inuitum, ne tum quidem cùm obligatio il-
la minori vtilis eſſe poteſt, ſed tantùm vt minori ſeipſum obliganti autori-
18 tatem præſtet. Plus iuris habet † procurator generalis. Hic enim in iis om-
nibus de quibus mandatum habet, domini vice fungitur eiúſque perſonam
repræſentat, vt quicquid à procuratore fit, ab ipſo domino, qui mandatum
dedit factum eſſe videatur. Quare nec de eo quiſquam dubitat quin huic
procuratori liceat dominum obligare, bona ipſius alienare, denique patri-
monium eius diminuere, præſertim ſi ex mandato pleniſſimam & liberam
habeat bonorum domini adminiſtrationem. Solent enim noſtri diſtingue-
re an procurator quis conſtitutus ſit cum libera, vt loquuntur, an ſimplici-
ter.De qua tamen diſtinctione alio loco fuſiùs tractandum nobis erit. Il-
lud hic monuiſſe ſufficiet, quoties de procuratore,ſiue generali, ſiue ſpecia-
li tractatur, id vnum inſpici debere, quid mandato expreſſim contineatur,
quid etiam tacitè & veriſimiliter contineri,aut non contineri videatur. Ap-
19 paret autem ex ſuperioribus non ſemper † verum eſſe quod dicimus, tutori
permittendum non eſſe vt proroget venditori tempus redimẽdi,ſed eo dun-
taxat

taxat caſu quo prorogatio illa fieri non poſſit, quin noua obligatio conditionalis ſub noua conditione contrahatur. Quid enim ſi contractus emptionis à pupilli patre initus fuit ſimulatus & pignoratitius? Finge cum pacto de retrouendendo interueniſſe immodicam læſionem in pretio, ac prætereà, ne quid deſit ex iis quæ interpretes & pragmatici requirunt, conſuetudinem fœnerandi. Placet omnibus non tam emptionem quàm ſimulatè ſub emptionis nomine pignus fœnúſque improbum contractum eſſe: vt ſcripſimus in *Error.9.Decad.9.* qui conſequenter admittunt, quod & veriſſimum eſt, luendi pignoris ius perpetuum hoc caſu venditori ſupereſſe haud ſecus acſi pignus aperta, expreſſáque conuentione contractum fuiſſet. Ne alioqui proſit callido fœneratori, quòd ſubdolè ac ſimulate contraxerit in fraudem legitimarum vſurarum. Neque enim lapſus temporis intra quod retrouenditio peti ex pacto potuit, efficere vnquam poteſt vt dominium rei venditæ quæ re vera obligata tantùm eſt, tranſeat in emptorem ſi non ipſo venditionis & traditionis inſtanti transferri potuerit, quia vt in præcedentibus docuimus, nihil aliud adfert lapſus temporis præter defectum cõditionis ſub qua emptor ſe obligauerat de retrouendendo, vt euaneſcat, non tam obligatio ipſa conditionalis, quæ poſt defectam conditionem nulla vnquam fuiſſe intelligitur, quàm ſtipulatio aut pactum cui conditio illa inſerta fuit. Denique pignus quod ab initio re vera pignus fuit, ſemper pignus manet, nec poteſt euadere in emptionem, tametſi millies ponas defeciſſe conditionem promiſſæ retrouenditionis, quoniam abſurdum eſſet & contradictorium, pignus in emptionem conuerti ſola poteſtate conuentionis, per quam ex contrario appareat id egiſſe contrahentes vt pignus non emptio contraheretur: Et quemadmodum tota emptio eo caſu ſimulata eſt, ita in neceſſariam conſequentiam pactum de retrouendendo ſimulatum eſſe neceſſe eſt, cùm ſit pars conuentionis ſimulatæ: neque verò vlla conuentione fieri poteſt vt non liceat creditori poſt hoc aut illud tempus luere pignus quandiu pignus manet, ſolúmque remedium illud ſupereſt creditori qui ſe emptorem dixit, ſi luendi ius debitori volet eripere, vt vel pignus diſtrahat ſiue iure creditoris, ſiue ex perſona debitoris ſub haſta publica, vel dominij ius impetret ex Iuſtiniani conſtitutione in *l.vlt.C.de iur.domin.impet.* Proinde ſi emptor hic falſus & ſimulatus deceſſerit relicto herede pupillo, cuius tutor (ſiue ante ſiue poſt finita tempora intra quæ redemptio fieri ex pacto debuiſſet ſi vera emptio fuiſſet) prorogauerit venditori eidémque vero debitori tempus redemptionis, quidni valebit prorogatio, cùm & citra prorogationem debitor ille non ſolùm redimendi, ſed quod amplius eſt, luendi pignoris ius perpetuum habiturus fuiſſet? Nam ius redimendi ſupponit tranſlationem dominij factam ex cauſa præcedentis veræ emptionis, ius verò luendi demonſtrat retentam eſſe proprietatem. Itaque nihil eſt quod talem prorogationem inutilem facere poſſit, niſi hoc ipſum, quòd cùm non eſſet neceſſaria, effectum nullum habere poteſt, nec quicquam addere ei iuri quod haberet falſus venditor idémque verus debitor, etiamſi prorogatio nulla facta eſſet. Nec ad rem pertinet quòd pupillus ſit is, qui falſo emptori ſucceſſit. Tritum enim eſt ex perſona heredis non immutati conditionem obligationis *l.2.§.ex his.D.de verb.obligat.* neque eo minùs fundum intelligi pignoratum quod fœneratori qui pignus acceperat, pupillus heres extiterit. Quare & cum fundum vendere etiam ſine decreto tutor poteſt ſi velit,

& pupillo ita expedire arbitretur, quandiu pupilli nomine ius dominij im-
petratum non eſt, quia non pupillaris fundus eſt, ſed alienus qui tantùm pi-
gnoratus eſt, *l. magis puto 5. §. ſi fundus pupillo. D. de reb. eor. qui ſub tutel.* Sed
21 etſi ponas,† emptionem factam ſub pacto de retrouendendo accedente immo-
dica læſione non vſque adeo ſimulatam eſſe, vt nudi pignoris iure cenſeri
debeat, ſed tamen tantam læſionem interueniſſe, vt conditio pacti de re-
trouendendo, quæ ex conuentione temporalis fuit, perpetua videri poſſit
(quomodo perpetua eſſe creditur quoties læſio in precio excedit beſſem,
idque ſacroſancti Senatus noſtri decretis innumeris comprobatum eſt) quis
neget debere tutori licere, vt non ſolùm ante præteritum tempus intra
quod redimi res potuit, ſed etiam poſt id elapſum & finitum, proroget
venditori facultatem redimendi? Eadem enim hoc caſu ratio obtinet, quæ
& in ſuperiore à nobis vſurpata eſt, quòd etiam citra prorogationem ius il-
lud redimendi tanquam perpetuum competeret venditori, adeóque impu-
tarentur emptori eiúſque heredi licèt impuberi fructus quos ille ex re em-
pta percepiſſet, quaſi nullo iure & ſine titulo perceptos, in eo ſaltem quòd
quincuncium vſurarum modum excederent. Nam ſi ex interpretum &
pragmaticorum ſententia ius illud venditori ſemel quæſitum fuit vt nil
obſtante limitata conditione pacti de retrouendendo emptorem quando-
cunque vrgere poſſet ad retrouendendum, ſaltem in annum vſque trigeſi-
mum, atque adeo ad fructus omnes ſuperfluos aut reſtituendos, aut quod
effectu idem eſt in precij reſtituendi cauſam imputandos. Cur dicamus
alio iure emptorem cenſeri debere, alio heredem emptoris impuberem?
Aut deteriorem fieri conditionem venditoris ex ſuperueniente perſona
pupilli cum quo nihil contraxerit? Nec proinde dubitandum puto, quin
22 tutori † liceat ſi velit rem ita venditam quamuis immobilem retro vendere
ſine decreto, etiam poſt elapſa tempora quæ per conuentionem præſtituta
fuerant petendæ retrouenditioni. Eſt enim caſus hic ex eorum nume-
ro in quibus decreto nullo opus eſt ad alienandum prædium pupillare
l. 1. C. quand. decret. opus non eſt. Nam quid, obſecro, intereſt, an tempus
quod conuentione præſtitutum fuerat nondum præterierit, an verò ita præ-
terierit, vt non eò minùs redimendi facultas ſuperſit ex iuris poteſtate? Aut
quænam iniuria fit pupillo, quídue ipſius intereſt, ſi tutor nomine pupilli
retrouendat rem, quam vt retrouenderet inuitus cogi potuit, ſiue ex con-
uentione, nondum ſcilicet tranſacto tempore intra quod retrouenditio fie-
ri debuit, ſiue ex lege, quæ conditionem temporalem in perpetuum tempus
extendat? Finge ex pupilli vtilitate negotium tranſactum eſſe tutorémque
cùm videret in eo eſſe rem, vt ſi iudicio experiẽdum eſſet, condemnari pupil-
lũ oporteret non ſolùm ad retrouenditionem faciendam, ſed etiam ad fructus
iã perceptos ac fortaſſis malè conſumptos aut reſtituendos, aut in ſortem im-
putandos ſaltem pro ea quantitate quæ vſurarum quincuncium modum ex-
cederet, ſi tranſegiſſe cum venditore vt integro precio recepto fundum re-
trouenderet, cur non boni conſulere pupillus debeat quod bona fide tutor
geſſerit? Aut cur ei permittatur vt impugnet retrouenditionem illam quaſi
contra leges factam, ob id ſolùm quòd ſine decreto facta ſit, quam tamen ſi
tunc à tutore facta non eſſet, nunc ſaltem à minore etiam inuito fieri opor-
teret, & quidem cum damno & reſtitutione fructuum, quos ex pacto & tranſ-
actione tutoris ſaluos habeat? An eo iure quod in pupillorum minorúm-
que

quę omnium fauorem & vtilitatē conſtitutum eſt, in ipſorum necem abutemur? Dices fortaſſe, vel eo ſaltem nomine decretum eſſe neceſſarium & cauſæ cognitionem vt ſciatur an emptionis contractus verus ſit, an ſimulatus & fœneratitius. Ego verò hoc nego. Decretum † enim illud quod Seueri oratio exigit in alienatione rerum minoris, eam dūtaxat cauſam habet ne bona minoris immobilia quæ ipſi ſalua conſeruari quàm maximè intereſt, ſine cauſa alienentur, eáque prorſus neceſſaria, id eſt ad alienum æs exſoluendum. 23
Cui conſequens eſt, vt ſi fundus † non ſit minoris, ſed in dominio alterius licèt minori obligatus, decretum nullū neceſſarium ſit, quia nec quicquā eſt quod impediat, vel remoretur retrouenditionē, quæ cùm ſit rei alienæ, nullam prorſus alienationem inducit. Fateor nō poſſe ſine cauſæ cognitione diſcerni, an emptio fuerit an pignus, & an ſimulatio aliqua interuenerit necne. Sed eam cognitionem dico poſſe quandocunque adhiberi, id eſt longo etiam poſt factam retrouenditionem interuallo, qui neceſſe non eſt præcedat, cùm non ob eam cauſam fiat vt retrouenditio valeat, ſed vt ex poſtfacto appareat iam ab initio valuiſſe. Non enim quod poſt decennium pronunciatur contractum eſſe pignoratitium, facit eum talem ex die tantùm ſententiæ, ſed qualis iam inde ab initio fuerit declarat: ſicut generaliter in ſententiis omnibus vſuuenit, vt non ius nouum tribuant, ſed id quod iam eſt demonſtrent & probent. Denique ſufficit id à tutore factum eſſe, quod ſi factum non eſſet nunc à minore ipſo vel inuito fieri oporteret, ſicque rem geſtam eſſe, vt ex tutoris facto plus lucri pupillus ſenſerit, quàm ex ſuo proprio ſperare ex iuris ratione debuiſſet. Hoc enim caſu, etiam cum ipſo pupillo contractum videtur *l. apud Iulianum 3. §. contractum in fin. D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* 24

ERROR QVINTVS.

De in integrum reſtitutione pupillo vel minori concedenda aduerſus lapſum temporis conuentionalis.

SVMMARIA.

1 *An pupillo vel minori concedenda ſit in integrum reſtitutio aduerſus lapſum temporis ad redimendum defuncto parenti dati.*

2 *Species L. Aemilius 38. D. de minorib. vbi ſimilis quæſtio proponitur.*

3 *Pauli in d. l. deciſio.*

4 *Sententia Bartoli & aliorum de reſtitutione pupilla & cauſa reſtitutionis in d. l. Aemilius.*

5 *Contraria ſententia Franciſci Curtij ſenioris.*

6 *Prima ratio contra ſententiam Bartoli.*

7 *Baldi diſtinctio in quæſtione de reſtitutione pupilla.*

8 *Accommodatio rationis & diſtinctionis Baldi ad quæſtionem nu. 1. propoſitam.*

9 *Cur aduerſus legalem temporis præſcriptionem minori reſtitutio detur, non etiam aduerſus conuentionalem.*

10 *Actiones quædam cur temporales dictæ.*

11 *Prætor quatenus reſtituere poſſit aduerſus lapſa tempora conditionis.*

12 *Baldi diſtinctio nu. 7. propoſita ex qua parte reprehendenda & nu. 14.*

13 *Interpolatam eſſe legem, ſi fundus 4. §. ſed quod D. de leg. commiſſ.*

15 *Diſtinctio pragmaticorum abſurda.*

CVm is qui rem vendiderat ea lege, vt ſi intra biennium reſtitueret pretium emptori, viciſſim emptor eam rem retrouendere cogeretur, deceſſit ante finitum biennium relicto herede impubere aut minore, euenit plerumque vt redimendi tempus

elabatur, ſiue ignoratione pacti à defuncto interpoſiti, ſiue vicio ætatis quæ rebus ſuis commodè & diligenter proſpicere non ſatis poteſt. Inde verò emergit quæſtio ab interpretibus & pragmaticis frequentiſ-
1 ſimè tractata, an pupillo † vel minori concedenda ſit in integrum reſtitutio aduerſus lapſū tēporis, ſiue ex capite edicti, de minoribus, ſiue ex generali clauſula edicti, ſi qua mihi iuſta cauſa eſſe videbitur, vt perinde admittendus ſit pupillus aut minor ad petendam retrouenditionem, acſi tempus illud quod conuentione præſcriptum fuerat, nondum elapſum eſſet. Quæ quæſtio à Iulio Paulo Iureconſulto primùm tractata eſt, licèt in ſpecie non prorſus ſimi-
2 li in † *l. Aemilius Larianus* 38. *D. de minor.* Aemilius Larianus ab Obinio fundum Rutilianum lege commiſſoria emerat data parte pecuniæ, ita vt ſi intra duos menſes ab emptione reliqui pretij partem dimidiam non ſoluiſſet, fundus inemptus eſſet, item ſi intra alios duos menſes reliquum pretium non numeraſſet, ſimiliter eſſet inemptus. Intra priores duos menſes Lariano defuncto, Rutiliana pupillaris ætatis ſucceſſerat, cuius tutores in ſolutione ceſſauerant. Venditor denunciationibus tutoribus ſæpe datis poſt annum eandem poſſeſſionem Claudio Telemacho vendiderat. Pupilla in integrum reſtitui deſiderabat. Victa tam apud Prętorem quàm apud Pręfectum vrbi pro-
3 uocauerat. *Putabam,* † inquit Paulus, *bene iudicatum quòd pater eius, non ipſa contraxerat.* Neque tamen diffitetur aliter viſum eſſe Imperatori, ea potiſſimùm ratione, *quòd dies committendi in tempus pupillæ incidiſſet, eáque res feciſſe ne pareretur legi venditionis.* Sed rationem hāc ſubinde impugnat Paulus iis verbis, *non me moueri, quòd dies poſteà tranſiiſſet, non magis quàm ſi creditor pignus diſtraxiſſet poſt mortē debitoris die ſolutionis finita.* Quare nec dubitant interpretes in hoc opinionum conflictu quin Pauli ſententia verior ſit, & ius rationi magis conſentanea, quod ad theſim illam attinet, an pupillo ſuccurrendum ſit per in integrum reſtitutionem aduerſus lapſum temporis conuentionalis, licèt in ea hypotheſi ſententiam Imperatoris ipſe quoque Paulus ferè probet, ſed alia ratione quàm qua mouebatur Imperator. *Dicebam,* inquit, *poſſe magis ea ratione reſtitui eam, quòd venditor denuntiando poſt diem quo placuerat eſſe commiſſum, & pretium petendo receſſiſſe à lege ſua videretur.* Sed & alias rationes duas ſubiungit, quæ Imperatorem in eam mouerunt ſententiam, vt pronuntiaret pupillam in integrum reſtituendam, quarum prior hæc fuit, quòd lex commiſſoria ei diſplicebat. Altera illa, *quòd priores tutores, qui non reſtitui deſideraſſent, ſuſpecti pronuntiati erant.* Ex quibus rationibus apparet extra illum caſum, id eſt, ſi neque de lege commiſſoria tractatum eſſet, neque tutores ſuſpecti pronunciati fuiſſent, aliud ſanè decreturum fuiſſe Imperatorem, & reſtitutionem in integrum pupillæ denegaturum. Sed tamen interpretes † & pragmatici ferè omnes, duce Barto-
4 lo, id ita intelligunt, vt cùm reſtituenda non fuerit pupilla tanquam minor & ſolo fauore ætatis ex edicto De minoribus, reſtitui tamen debuerit ex generali illa clauſula *ſi qua mihi iuſta cauſa eſſe videbitur,* de qua in *l.* 1. *D. ex quib. cauſ. maior.* ac proinde tanquam maior, & propter iuſtam illam ignorantiam quam obtendere probabiliter poteſt, quiſquis in alterius locum & ius ſuccedit *vulg. l. qui in alterius* 49. *De regul. iur. l. vlt. D. pro ſuo,* maximè verò pupillus, cuius ætas, illa etiam omnia, quæ videt ignorat, vt ait *l. unic. C. de falſ. monet.* Eáque ſententia vſque adeò in tribunalibus omnibus recepta eſt, vt non deſint qui ſcribant eam eſſe canoniſatam, admirantes ſubtilitatem

Bartoli,

Bartoli,cui primùm in mentem venerit vt induceret tam probabilem & æquam diſtinctionem.Contra quam tamen inuenio reſponſum † & diſputatum fuiſſe per Franciſcum Curtium ſeniorem *conſ.* 58. aliàs 59. incip. *Chriſti.* 5
Tam copioſè & ſubtiliter ſanè, vt ad eas rationes quas adducit, non putem fieri poſſe vt quiſquam pro Bartolo bene reſpondeat. Illa † autem potiſſima 6
eſt,qua & Paulus mouetur in *d. l. AEmilius* quòd nihil cauſæ ſit cur pupillo ſuccurri debeat in ea re de qua pater eius non ipſe contraxerit. Quid enim abſurdius aut iniquius dici poteſt quàm vt is qui cum pupillo nullum geſſit negotium,cogatur expectare pupilli pubertatem?quemadmodum ex Marcello Vlp.ſcribit in *l. apud Iulianum* 3. *D. ex quib. cauſ. in poſſ. eat.* vbi per hãc rationem infert ille in hæc verba,*idcòque cùm ex perſona patris cõtractus deſcẽdat,dicendum erit non eſſe expectandam pupilli pubertatem.* Quoties enim pupillus aut minor in integrum reſtitui vult ob ætatem, neceſſe eſt vt probet ſe læſum,nec ſufficit probari ætatem *l.nam poſteaqu m* 9.*§.ſi minor.D.de iureiur.l. quòd ſi minor* 24.*§.non ſemper D.de minor.*Fieri autem non poteſt vt propter lubricum ætatis minor læſus ſit,ſi nihil ip e contraxerit, ſed pater eius, tametſi patris heres ipſe proponatur. Qua de cauſa ſic concepta ſunt verba edicti *De minoribus.Quod cum minore quàm* 25. *annis natu geſtũ eſſe dicetur,vti quaque res erit,animaduertam.l.*1.*§.*1.*l.ait Prætor* 7. *eod.* vt intelligamus ſi nihil omnino geſtum ſit cum minore,ſiue pupillus, ſiue adultus ille ſit,(neque enim Prætor diſtinguit)nullam ſubeſſe cauſam indulgendæ reſtitutionis.Nimirum ſi,quomodo in propoſita ſpecie, contractus cum defuncto initus ſic perfectus fuit & impletus eo adhuc viuo, vt nihil omnino ſuperfuerit,gerendum cum pupillo.Fateor nõ inuitus,ſi is contractus fuit cuius implendi gratia pupillum aliúmue minorem maiori, qui cõtraxerat ſuccedentem aliquid facere neceſſe ſit, poſſe pupillum, & minorem quemlibet in integrum reſtitui ſi damnum ſenſerit ob non factum id quod facere debuit: quaſi hoc ipſo aliquid facere videatur, & quidem id quod non debet, quod ea non faciat,quæ facere deberet. Sed ſi in maiori perſona contractus omnino impletus fuit,nego ſuccurrendum eſſe minori contra lapſum temporis ob hoc ſolùm, quòd tempus elabi paſſus ſit ex eóque damnum ſenſerit. Quæ fuit Baldi ſententia & diſtinctio† ad *d.l.AEmilius.& ad l.*2.*C.ſi aduerſ.vendit.pignor.*Diſtinguit enim,an damnum illud emergat pupillo ex ſolo lapſu temporis, vt eo caſu poſſit reſtitui aduerſus præſcriptionem quam vocat conuentionalem,licèt cœperit in perſona maioris, an verò damnum pupillus ſentiat ex contractu inito cum maiore, licèt ob lapſum temporis in conuentione adhibiti, vt nulla tunc ſubſit cauſa concedendæ reſtitutionis ex capite minoris ætatis aduerſus lapſum temporis, non magis quàm aduerſus cõtractũ ipsũ,cuius pars quędã tempus eſt,quia non poteſt hoc caſu pupillus conqueri de lapſu tẽporis,quin de contractu ipſo conqueratur. De quo tamen conquerendi ius nullum habere poteſt, cùm non ipſe, ſed maior contraxerit. Quanquam idem Baldus ſubdiſtinguit, an quod intra conuentum tempus factum non fuit, tenderet ad obſeruantiam & approbationem contractus à maiore initi, an verò ad eius deſtructionem & reſolutionem,aut vt loquuntur, annullationem. Poſteriore hoc caſu admittit in integrum reſtitui poſſe minorem, veluti, inquit, ſi ob non ſolutum canonem annuum heres emphyteutæ pupillus aut minor à ſuo iure cecidiſſe dicatur, quoniam licèt ius domini directi ex eo contractu totum pendeat, qui

fuit geſtus cum emphyteuta maiore, nec aliud interuenire neceſſe ſit ex par-
te pupilli, quàm vt non fecerit, quod intra præſtitutum tempus facere de-
buit, tamen ceſſario illa in ſolatione canonis annui eò pertinet, vt con-
tractus emphyteuticarius reſoluatur, & pro non facto habeatur. Priore verò
caſu non dubitat Baldus, quin omnino deneganda ſit minori reſtitutio,
quia ex lapſu temporis non alius effectus inducitur, quàm confirmatio con-
tractus, qui non ſolum à maiore factus fuit, ſed etiam in maioris perſona
impletus & perfectus. Itaque licèt lapſus temporis, ex quo effectus ille in-
ducitur, incidat in tempus pupillaris aut minoris ætatis, nihil tamen ea res
pupillo prodeſt, quia nihil noui ex eo inducitur, ſed contractus duntaxat
8 iam alioqui perfectus, viuo maiore, cui pupillus ſucceſſit, tantò magis con-
firmatur. Eiuſmodi verò eſt † contractus ille de quo diſputamus, cùm inter
maiores facta venditio eſt ſub hac lege, vt ſi intra biennium venditor em-
ptori pecuniam reſtituet, emptor viciſſim retrouendere teneatur. Nam, vt
in ſuperioribus tam ſæpe à nobis diſputatum eſt, venditio hæc perinde ab-
ſoluta & perfecta eſt, etiam priuſquàm biennium prætericrit, acſi pactum
de retrouendendo nullum ſubiectum eſſet: & æquè dominium transfer-
tur in emptorem ſecuta traditione, adeóque irreuocabiliter, quamuis non
inalienabiliter. Nec ad aliud prodeſt pactum additum de retrouendendo
niſi ad inducendam obligationem retrouendendi ſub conditione ſi ven-
ditionis precium reſtituetur. Et conſequenter ex lapſu biennij nullum ac-
quiritur ius emptori, vt eò magis aut irreuocabiliùs fiat dominus poſt bien-
nium, qui iam ante biennium vero ac pleno iure dominus fuit, nec rurſus
vt liberetur ab obligatione conditionali, quæ quandiu conditio pependit,
nulla fuit, defecta verò conditione prorſus euanuit. Sed tantùm vt deſinat
poſſe vnquam ne ſub conditione quidem obligari ex ea cauſa, acſi nullum
de retrouendendo pactum, nulla ſtipulatio vnquam interueniſſet. Vendi-
tor autem vel pupillus qui in venditoris iura ſucceſſerit, non aliud amittit
ex lapſu vllo temporis, niſi ſpem illam obligationis perſonalis quam in eum
vſque diem habere potuerat ex pacto vel ſtipulatione conuentionali ad ex-
torquendã ab inuito emptore retrouenditionẽ, aut quanti ob eam cauſam
ſua intereſſet. Cuius tamen ſpei ne ratio vlla haberi poſſit, illud facit, quòd
defecta tandẽ pacti conditione propter lapſum temporis in conditione po-
ſiti, ſicuti nullũ pactũ nulláq; promiſſio retrouendendi vnquã præceſſiſſe in-
telligitur, ita neque ſpes vlla ex eo pacto vnquam competiiſſe videri po-
teſt, non magis quã ex eo pacto quod nunquam fuiſſet, quia actus conditio-
nalis licèt pendẽte conditione non omnino nullus ſit propter ſpem exituræ
quãdoq; cõditionis, tamẽ defecta quandocũq; cõditione nõ tã nullus, quam
prorſus nihil eſt, & tale quid quod ſemper nihil fuit. Itaque ſi pupillo, &
minori ex hac cauſa prætor per in integrum reſtitutionem ſuccurreret, vt
etiam poſt lapſa conditionis implendæ tempora eum admitteret ad condi-
tionem implendam, petendámque retrouenditionem, faceret reſtitutio vt
non ſolùm plus iuris haberet pupillus aut minor quàm anteà habuiſſet, ſed
etiam vt aliquid iuris nunc haberet ille, qui nihil prorſus anteà habuiſſe vi-
deri poſſet. Plus enim iuris habet qui intra triennium poteſt implere con-
ditionem, quàm qui intra biennium, nec præterito biennio dici poteſt ius
aliquod vnquam habuiſſe ex actu conditionali eum qui intra biennium im-
plere quidem potuit conditionem, ſed non impleuit. Atqui abhorret hoc

à natura

à natura reſtitutionis in integrum vt plus iuris tribuat ei qui in integrum
reſtituitur quàm habuerit antea. Satis enim eſt vt tribuat tantundem, nec
plus nec minùs vt omnia in integrum, id eſt in priſtinum ſtatum reſtituan-
tur. Ergo quemadmodum prætor facere non poteſt, vt biennium quod efflu-
xit, non effluxerit, aut vt in biennio trienniũ contineatur. Itaque neque aduer-
ſus lapſum biennij concedere reſtitutionem ad hoc, vt conditio quæ intra
biennium impleri debuit, ad triennium vſque impleri poſſit. Præſertim cùm
vel minima in tempore conditionis mutatio cõditionem mutet, aliámque fa-
ciat quã ſub qua emptor promiſerat retrouẽditionẽ. Proinde prætor ſi huiuſ-
modi reſtitutionẽ indulgeret, non ſolũ nouã cõditionem induceret, ſed etiam
nouã obligationẽ, & quæ nunquam fuiſſet, quod ſanè non magis facere poteſt
quã Princeps, de cuius in hãc rem poteſtate tã fuſe à nobis ſuprà diſputatum
eſt. Prętor enim cùm aduerſus extinctã obligationẽ in integrum reſtituit, id
tantũ agit vt veterẽ obligationem reſtituat, & conſequenter ſub iiſdẽ qualita-
tibus & conditionibus, non etiam vt nouam inducat. Dices, ſecundum hãc ra-
tionem ſi recta eſſet, dicendum fore, nunquã prętorẽ poſſe minori dare reſti-
tutionẽ in integrũ aduerſus lapſum tẽporis, ne quidẽ legalis, quia nõ magis in
legali quã in cõuentionali biẽnio triẽnium cõtineri poteſt. Et tamẽ nemo du-
bitat quin aduerſus legalem tẽporis pręſcriptionem reſtitutio minori danda
ſit à prætore *l. ſicut 3. C. de præſcr. 30. vel 40. annor. l. vlt. C. in quib. cauſ. reſtit. in
integr. non eſt neceſſ.* Reſpondeo† multum differre hac parte tẽpus quod à lege 9
præſcribitur, ab eo quod ex contrahentiũ voluntate expreſſáque cõuentione:
quia lex nihil niſi quantitatẽ tẽporis intuetur, non hanc aut illã præcisè diem
à qua incipere pręſcriptionem velit, aut qua finiri. Exempli cauſa ſi de anna-
li aut biennali præſcriptione quæratur, non curat lex an incipiat annus ex
Cal. Septembr. an ex Octobribus. Et quamuis eadem lex conſtituat an-
num incipere ex quo die hoc vel illud factum fuerit, non tamen curat an
hoc vel illud fiat Calend. Septembribus an Octobrib. Itaque facilè præ-
tor in huiuſmodi cauſis reſtitutionem concedere poteſt tanquam inter-
pres legis, non vt pro biennio ſubſtituat triennium, ſed vt pro die diem,
pro menſe menſem, pro anno annum, *l. ſed etſi 26. §. quoties D. ex quib. cauſ.
maior.* vt tantundem reddat reſtitutio quantum abſtulit læſio. Neque in eo
cuiquam facit prætor iniuriam, ne legibus quidem, quarum ſcilicet ex æ-
quitate temperandarum adeóque corrigendarum ius habet. At cùm ab ipſis
contrahentibus ſtatutum tempus eſt, intra quod aliquid fieri, præſertim
verò conditionem impleri oportuerit, non poteſt Prætor aduerſus lapſum
temporis concedere in integrum reſtitutionem, quin faciat iniuriam
ei qui eo tempore conuenerat, non alias neque ſub alia conditione
contracturus. Hoc ipſo enim quod aduerſus lapſum temporis in conditione
poſiti reſtitutio daretur, noua quoque conditio induceretur, & quidem con-
uentionalis, quæ tamen à prætore ſolo formam acciperet, nec ſolùm citra,
ſed etiam contra ipſam conuentionem quæ à contrahentibus facta eſſet.
Quod vtique nemo dixerit debere in prætoris eſſe poteſtate, niſi qui & ſti-
pulationes prætorias eaſdem cum conuentionalibus eſſe dixerit. Multóque
facilius eſt vt poſſit in integrum reſtituere aduerſus elapſa tempora propo-
nendæ actionis quæ iam aliquando competierit, quàm vt nouam ipſe actio-
nem inducat, adeóque quod magis eſt, nouam obligationem, qualis procul-
dubio illa eſſet, quam induceret noua inducta conditione. Actio enim quæ

Digitized by Google

ſemel compeſiit, nunquam tempore finiri poteſt ipſo iure, cùm tempus non
ſit modus tollendæ, ſicut nec inducendæ obligationis *vulg.l.obligationum ferè*
10 *44.§.placet.D.de obligat. & action.* Et cùm dicimus actiones † quaſdam eſſe
temporales ad earum differentiam quæ ſunt perpetuæ, *tit.Inſtit. de perpet. &
tempor.action.* non ad ius ipſum actionis reſpicimus, quaſi tempore vllo fi-
niatur, ſed ad ius exceptionis quæ ex tempore inducitur, quam & temporis
præſcriptionem dicere ſolemus, vnde & *tit.* ille in *Pand.de diuerſ.tempor. præ-
ſcript.* pro quo extant in Codice tot alij. *De long.temp.præſcript. de quadr. præ-
ſcript. De præſcript.30.vel.40.annor.* Præſcriptio enim prudentibus noſtris ni-
hil niſi exceptio eſt, quæ omnimodo ſupponit præcedentem actionem, cùm
nihil aliud exceptio ſit, quàm actionis excluſio, *l.1.2.& paſſ.D.de exception.*
Itaque Prætor cum in integrum reſtituit actorem aduerſus elapſa tempora
actionis temporalis, nihil efficit niſi vt erepto exceptionis commodo ei qui
conuenitur, ſolidam det actori facultatem agendi, perinde acſi tempora non-
dum elapſa eſſent. Sed etſi actio ipſa per lapſum temporis non modò exclu-
ſa, ſed prorſus etiam extincta proponeretur, facilius tamen eſt prætori per
in integrum reſtitutionem, facere vt vetus actio qualis fuit reſtituatur, quàm
vt noua inducatur. Maximè cum fieri nequeat vt noua illa veteri perſimilis
ſit, quandoquidem naſcitur ex noua obligatione, quam nouam facit noua
conditio propter innouatam conuenti temporis quantitatem. Obiicies for-
taſſe, nec illud nouum eſſe, vt Prætor in integrum reſtituat aduerſus lapſa
tempora conditionis, ſicut & aduerſus lapſum temporis intra quod actio
proponi debuit. Nam ſi minor quis fuerit heres inſtitutus aut legatum acce-
perit ſub ea conditione, *ſi intra centum dies fuerit à patre emancipatus*, nec in-
tra id tempus ſit emancipatus, ob id ſolùm quòd non certiorauerit patrem
qui eum fuerat emancipaturus, ſi conditionem ſciuiſſet, conſtat poſſe mi-
norem in integrum reſtitui aduerſus lapſa tempora conditionis, etiam ad lu-
crum ex teſtamento captandum, ſi modò paratus ſit pater eum emanci-
pare, *l.3.§.& ſi heres.D.de minor.* Nam ſi ad lucrum captandum hæc reſtitu-
tio minori datur, quantò magis dabitur ad damnum vitandum? Reſpondeo,
11 multùm † etiam hac parte differre temporalem conditionem teſtamentariam
à conuentionali, quia teſtator qui inſtitutioni aut legato conditionem il-
lam adſcripſit, *ſi intra dies centum à patre fuerit emancipatus*, licèt tempus cer-
tum adiiciat, non tamen præcisè rationem habuit huius vel illius diei, id eſt
an intra Calendas Septembres an Octobres ea conditio impleri omnimo-
do deberet, quia neque ſcire illud potuit quo demùm tempore centeſi-
mus ille dies futurus eſſet, non magis quàm quo die eſſet ipſe moriturus,
cùm certi iuris ſit, eos centum dies incipere currere ex tempore mortis te-
ſtatoris, adeóque ex quo adiri poſſit hereditas, *l.ſi Titio 22.§.1.D.quand.dies le-
gat.ced.* Proinde nihil fit contra voluntatem teſtatoris, neque noua con-
ditio per prætorem inducitur, cùm poſt elapſos centum dies minor reſti-
tuitur ad hæreditatem adeundam petendúmue legatum, parato patre eum
emancipare. Præciſa enim dies illa eſt, quæ facit vt quantulacumque tempo-
ris immutatione, ipſa quoque conditio immutetur. Imò tantò magis defun-
cti voluntas conſeruatur, quam credibile non eſt eam fuiſſe, vt ſolo lapſu
temporis inſtitutio intercideret ante declaratam à patre voluntatem, in cu-
ius poteſtate eſſet implere conditionem, quamuis ſi filius ille maior eſſet,
nullo iure ſe reſtitui poſtularet, præſertim aduerſus amiſſam lucri conſequen-
di oc-

di occaſionem. Minorum enim priuilegium illud eſt vt iis etiam in lucro ſuccurratur. Aut minori irrogatam, quàm ſi à maiore cui minor ſucceſſiſſet ea conditio impleri iam potuiſſet, quoniam, vt in ſuperioribus diſputauimus, numquam ex perſona heredis obligationis ſubſtantia & conditio, aut ipſius conditionis forma immutatur. In eóque fortaſſe reprehendenda † eſt 12
ſupradicta Baldi diſtinctio, ex ea parte quæ habet concedendam minori reſtitutionem aduerſus lapſum temporis conuentionalis, quoties ob non factum id quod fieri debuit, contractus à maiore initus reſoluitur, & annullatur, non etiam ſi tantò magis corfirmetur, & impleatur. Nam & in ſpecie *d. l. At milius* proponebatur ea conuentio facta inter maiores, vt fundus qui emptus fuerat, inemptus fieret, ſi pretium intra certa tempora ſolutum non eſſet: quæ poteſtas eſt legis commiſſoriæ vt ipſo iure reſoluat venditionem, nec eo magis tamen Paulus credidit extra ordinem iuuari debuiſſe pupillam per in integrum reſtitutionem, tametſi lex illa commiſſoria in venditionibus odioſa putaretur: non illa tantùm ratione, quam attulimus *Decade* 21. quòd bona fide initam venditionem reſoluat, ſed etiam (plerique credimus, quòd emptori, qui partem pretij ſoluit, dàmnum inferat vt eam quantitatem quæ ſoluta eſt amittat, *l. ſi fundus* 4. *§. ſed quod ait Neratius, D. de leg. commiſſ.* vbi Neratij ſententia laudatur exiſtimantis emptorem hoc caſu lucrari debere fructus quos ex re empta inemptáque perceperit, quos alioqui actione ex vendito reſtituere deberet quaſi nullo iure perceptos. Niſi quis dicat, quod ego probabilius arbitror, eo demùm caſu pretium amitti quo idipſum conuenerit inter emptorem & venditorem. Nam & de arris quarum amiſſio facilior & tolerabilior eſt, conſtat frequentem fuiſſe conuentionem, vt eas emptor amitteret ſi pretium non ſolueret intra tempus præſtitutum, *l. vlt. D. eod. l.* 1. *C. de pact. int. empt. & vendit.* Cur verò ea conuentio adhiberetur, ſi etiam nulla adhibita ius ita eſſet vt arras perdere emptor deberet? Aut ſi nequidem arras perdit, cur amittet pretium? Quod enim legis commiſſoriæ poteſtate venditio reſoluitur, fundúſque inemptus fit, ſuadet potiùs vt venditor qui contractus legem exercet, pretium à ſe acceptum reddere debeat, quaſi quod ſine cauſa penes eum eſſe incipiat, quod ex cauſa emptionis ampliùs eſſe non poteſt. Quod ſi ita eſt, vereor † ne ſit interpretis tota illa clauſula & illatio quæ eſt in *d. §. ſed quod ait,* 13
Igitur ſententia Neratij tunc habet locum quæ eſt humana quando emptor aliquam partem pretij dedit. Non enim ſic Neratius locutus fuerat aut Vlpianus ex Neratio *cum pretium emptor dedit,* ſed longè aliter, *cùm pretiũ quod numerauit, perdidit.* Ita potius innuens, non omne quod numeratum eſt perditum etiam eſſe, ſed certo duntaxat caſu, puta ſi ita conuenerit. Et verò ſecundùm hanc clauſulam dicendum eſſet, ſoluta quoque per commiſſoriam legem venditione, non alio tamen caſu emptorem fructus à ſe perceptos reſtituere debere, quàm quo nullam pretij partem ſoluiſſet, ſiquidem ſoluto integro pretio, de lege commiſſoria quæri non oporteret, cuius ea conditio eſt. Si intra certum tempus pretium totum non fuerit exſolutum. Atqui etiam ceſſante legis commiſſoriæ poteſtate, non deberet emptor fructus vllos lucrari, qui nullam omnino pretij partem ſoluiſſet, quemadmodum ex contrario dicimus, iniquum eſſe vſuras ab eo exigi, qui fructus non perceperit *l. liberalitatis. §.* 1. *D. de vſur.* Ergo cùm ob non ſolutum pretium fundus inemptus factus eſt, debet emptor fructus omnes reddere, tametſi

Digitized by Google

partem pretij intulerit,non tam ratione non ſoluti pretij, quàm poteſtate pacti per quod reſoluta venditio eſt,alioqui eueniret vt qui vel vnum ſoluiſſet nummum,fructus integros retinendi ius haberet quod tam abſurdum eſt,vt nec aliter Neratij ſententiæ locum eſſe putem interpoſita etiam pactione *De ſoluto pretio perdendo*, quàm ſi ea pars pretij quæ ſoluta eſt, fructuum quantitati & æſtimationi reſpondeat.Quo demùm caſu æquum videtur emptorem lucrari fructus, & quidem omnes & totos, id eſt non ad ratam vſque ſoluti pretij duntaxat,quia non in vicem vſurarum eos lucratur,ſed in vicem ſortis pretij, quæ tota emptori ex pacto amiſſa remanet penes
14 venditorem.Sed hoc obiter.Ad id enim redeundũ eſt,quod contra Baldum diſputabamus, non eò magis eſſe ſuccurrendũ pupillæ aduerſus lapſum temporis conuentionalis,quòd ex non facto pupillæ deſtruatur, & annulletur contractus qui fuerat initus cum maiore, ne tum quidem cum pactio inter maiores facta odioſa eſt.Sic enim Paulus in quæſtione *De lege cõmiſſoria* reſpondit. *d. l. Æmilius*, niſi fortè quis putet malè Paulum reſpondiſſe, ac meliùs Imperatorem decreuiſſe: quod tamen ex interpretibus nemo putat, præſertim ſi ponas ceſſare rationes cæteras præter odium legis commiſſoriæ quibus motus eſt Imperator vt in ea ſpecie reſtitutionem in integrum pupillæ indulgeret. Id eſt, quod & venditor pretium petendo poſt diem legi commiſſoriæ renuntiaſſe videbatur,& tutores qui in ſolutione ceſſauerant, ſuſpecti pronunciati erant. Quantò minùs igitur dãda erit minori reſtitutio aduerſus lapſa tempora pacti de retrouendendo, quod non ſicut pactum commiſſorium odioſum eſt,ſed fauorabile? Atqui, inquit Baldus,ſi emphyteutæ heres minor ceſſauerit in canonis annui ſolutione, dubitandum non eſt,quin aduerſus commiſſam legem contractus reſtitui in integrum poſſit, & debeat.Fateor.Sed nego id fieri ob eam cauſam,vt Baldus putat, quòd ea ceſſatio tendat ad reſolutionẽ & annullationem cõtractus. At quia inter dominum directum & emphyteutam non id agitur,vt ſi ſua præciſè die penſio non ſoluetur,cõtractus pro infecto habeatur, ſed potiùs vt quandiu penſio ſoluetur,expelli emphyteuta non poſſit *l.1.D ſi ager vectigal.*id eſt *emphy. eſſ.duet.*Eſt enim ex conuentionis interpretatione à contrario ſenſu, potiùs quàm ex conuentione expreſſa,vt ſi penſio non ſoluetur, emphyteuta expellatur.Quod ipſum tamen,id eſt emphyteutam expelli,longè minùs eſt quàm ſi emphyteuſis pro non facta haberetur.Sicut & conuentio illa,vt ſi pretium emptionis intra dictam diem ſolutum non erit,fundus ad venditorem reuertatur, multo minoris eſt poteſtatis & efficaciæ,quàm ſi lex commiſſoria, quæ in eum ipſum caſum facit fundum ineptum, vt ex eo apparet, quod illo caſu etiam impleta cõditione non habet venditor rei vindicationẽ, ſi modò iam antea trãſtulerit poſſeſſionem non precariam in emptorem,ſed agere tantùm poteſt ex vẽdito,*l.3.C.de pact.inter empt.& vend.*Cùm verò legis commiſſoriæ poteſtas exercetur,nihil eſt quod venditori obſtet quominus fundum à ſe venditum traditúmque vendicare poſſit, haud ſecus acſi eum nulla tradendi cauſa præcedente tradidiſſet, cùm ex ea lege inemptus fiat, proindéque remaneat nuda traditio,ex qua dominium neque trãsferri poteſt,neque videri vnquam fuiſſe tranſlatum,vt abundè à nobis diſputatum eſt Decade 22.Quid enim refert an eo ueneríit vt fundus ineptus fiat,an vt dominium pertineat ad venditorem, quemadmodum in ſpecie l. 1. eod. quo caſu vtique nemo negauerit dandam venditori tanquam domino vindicationem, alioqui lex

contractus

contractus non omnimodo ſeruatur, quam ſeruandam eſſe conſtat *l.vlt.eod.tit.* licèt non ignorem ei qui ſub commiſſoria lege vendidit dandam quoque actionem ex vendito, ex reſcriptis Imperatorum Antonini & Seueri, de quibus in *leg.4. de leg.commiß.* quòd ea actio ſit commodior, & expeditior quàm vindicatio, ſiue quòd dominij probatio difficilior eſſe ſoleat, ſiue quòd fieri poſſit vt venditor nõ ſit dominus, cui proinde vindicatio dari nequat, quem tamen non eo minùs æquum ſit frui commodo iuſtæ conuentionis, poſteaquàm placuit etiam alienam rem vendi poſſe. Similiter qui fundum dedit in emphyteuſim, ſi penſio ad diem non ſoluatur, habet actionem ex contractu ad expellendum emphyteutam, & præterea vindicationem iure dominij directi: ſed non ideò poteſt dicere cõtractum ipſo iure reſolutum, & pro infecto habendum eſſe, ſi non expreſſim ea lex contractui dicta proponatur, quia ceſſatio illa in ſolutione canonis annui non tam reſolutionem inducit, quàm moram, quæ ipſa etiã purgari poteſt, adeóque inter maiores, vt vulgò, & rectè ab interpretibus traditũ eſt *l.vlt:C.de iur.emphyt.* quãto magis igitur permittẽdũ erit minori vt ex hac cauſa impetret in integrũ reſtitutionẽ, ſi fortè negligens fuerit non ſolum in ſoluendo canone, ſed etiam in purgãda mora? Nam nec penſio illa annua pretij loco eſt, at ne quidẽ mercẽdis, niſi tanta ſit, vt appareat habitum fuiſſe reſpectum ad quantitatem fructuum, ſed tantùm in recognitionẽ dominij directi debetur: quã in rẽ ſola debiti profeſſio ſufficere poteſt citra ſolutionẽ, nõ ad liberandũ emphyteutã, eundémq; debitorẽ, ſed vt appareat nihil cauſę eſſe, cur ideò cõtractũ ipſo iure reſolui, aut pro reſoluto haberi oporteat. Ergo, vt cõcludamus, nõ debuit Bald. diſtinguere, an ob non factũ à minore id quod fieri debuit intra certã diem, cõtractus à maiore initus cõfirmetur, an vero annulletur, ſed omnimodò & indiſtinctè debuit dicere, quod nos cõtendimus, lapſum temporis poſiti in cõditione conuentionis inter maiores factæ, perinde minori nocere, adeóque pupillo, atq; noceret maiori vt conuentio effectum ſuum ſortiatur ex *d.l.Æmilius.* Illud verò multo abſurdius † eſt, quod per Bart. prævaricatores tã obſtinatè defendũt, 15 ita denegandam reſtitutionem minori ex capite minoris ætatis, vt tamẽ eam concedant tanquam maiori ex capite iuſtæ ignorantię, & ex clauſula illa edicti, *ſi qua mihi iuſta cauſa eſſe videbitur.* Etſi enim fatentur, quod & verũ eſt, multum intereſſe an minori reſtitutio detur tanquam minori, an verò tanquam maiori, vt ex iis apparebit quæ ſequenti cap. dicturi ſumus, effectu tamen ipſo æquè accidit vtroq; caſu, vt cõuentionis ſuæ fructu, & emolumẽto propter perſonam minoris priuetur is qui cũ maiore nõ cũ minore cõtraxerat. Siue.n. reſtituatur minor tanquam minor, ſiue tanquã maior, illud conſequitur vt perinde audiendus ſit poſt lapſa tempora, acſi lapſa non eſſent, qui tamen ſi maior eſſet nullomodo audiretur: atque ita ſemper fit, vt noceat ei ætas illius cum quo non contraxerit, & de quo non potuerit contractus tempore cogitare. An enim cùm maiore contrahens diuinare debuit futurum, vt maior ille ante lapſa conuentionis tempora moriturus eſſet, pupillúmque aut maiorem heredem relicturus? Imò verò ſicut ignorantia heredis vita defuncti non excludit, vt Iuriſc. ſcribit in *l. cùm heres 11. D. de diuerſ.temp. præſcrip.* Ita dicendum eſt magis debere heredi etiam pupillo nocere ſcientiam defuncti, quàm ignorationem propriam prodeſſe, ne ex capite ignorantiæ reſtituatur aduerſus conuentionem à maiori factam. Nec ſanè vllo iuris loco reperias plus faueri ignorantię quàm pupillaritati, vt qui tan-

quam minor reſtitui non poteſt,cùm ſit minor, reſtitui poſſit tanquam maior ex iuſta ignorantia. Quęnam enim poteſt iuſta cauſa eſſe indulgendæ reſtitutionis pupillo,ſi pupillaritas iuſta non eſt? Aut cur,obſecro,propoſitum fuit edictum à Prætore *Ex quibus cauſis maior*.niſi vt maioribus ſuccurreret ex iis ipſis cauſis, ex quibus multò magis ſuccurſurus eſſet minoribus tanquam minoribus,ſi minor ætas interueniret?Nam quemadmodum ſi minor furioſus ſit,aut prodigus, dat ei Prætor curatorem non tanquam furioſo aut prodigo, quomodo maiori daret,ſed tãquam minori, quaſi ætatis vitium illud ſit non hominis,*l.3.§.quia autem*.D.*de tutel*.Ita ſi minori danda ſit reſtitutio ex ea cauſa, ex qua etiam maiori ſuccurreretur, reſtituere eum Prætor debet, tanquam minorem, non tanquam maiorem. Ergo ſi verum eſt quod nec Bartolus ipſe negat,tempus prçſcriptum ex conuentione inter maiores facta currere minori, & quidem cum effectu, id eſt ſine ſpe reſtitutionis ex edicto *De minoribus*.Illud quoque admittendum eſt,non poſſe reſtitui eum quaſi maiorem,alioqui non curreret tempus minori cum effectu:implicátque contradictionem, vt tempus currat minori cum effectu, & vt reſtitui poſſit tanquam maior.

ERROR SEXTVS.

De ſententia* §.*illud.l.ſi creditor* 7.D.*de diſtr.pignor.& de lectione l.Æmilius* 38.D.*de minor.

SVMMARIA.

1 *Proponitur excutienda ſententia l.ſi creditor.7 §.illud.D.de diſtr.pignor.*
2 *d.§.Triboniani eſſe,non Marciani.*
3 *Sententia l.1.C.ſi ſi aduerſ.vendit.*
4 *In l.Æmilius.38.D.de minor.mendum ſubeſſe.*
5 *Ex d.l. Æmilius colligi non eſſe in Principis poteſtate, vt tempus conditionis à contrahentibus præſcriptũ proroget, nequidem ex cauſa pupillaris ætatis.*

VNVS tantùm iuris locus eſt,qui pro minoribus facere videatur.Is eſt in *l.ſi creditor*.7.§.*illud inſpiciendum eſt*.D.*de diſtract.*
1 *pign.*vbi † quæritur, an liceat debitori, ſi hypotheca vænierit, ſoluta pecuniâ eam recuperare. Reſpondetur autẽ cum diſtinctione,vt ſiquidẽ ita venierit,vt ſi intra certũ tẽpus à debitore pecunia ſoluta fuerit,emptio reſcindatur, intra illud tẽpus pecuniá ſolutâ recipiat hypothecã:ſi verò tempus præterierit,aut ſi non eo pacto res venierit, non poſſit reſcindi vẽditio,*niſi*,inquit, ***minor ſit annis viginti quinque debitor, aut pupillus, aut reipublicæ cauſa abſens,vel in aliqua earum cauſarum erit, ex quibus edicto ſuccurritur***.Sed iam præmonui†in ſuperioribus,cùm tractaui de
2 ſententia & lectione *l.ſi cum venderet* 13.D.*de pign.act*.locum illum mihi ſuſpectũ eſſe,& Triboniano digniorẽ videri quàm Iureconſulto,ſiue quęſtionem ipſam conſidero,ſiue reſponſionẽ. Quæſtio enim ridicula eſt,& quã nemo ex prudentibus vnquam propoſuiſſet,an ſi pignus diſtractũ ſit vel hypotheca, liceat debitori ſoluta pecunia eam recuperare.Nã prudentibus omnibus certiſſimi iuris ſemper fuit,rectè & legitimè diſtracto pignore nullũ debitori ſupereſſe ius offerendi,ſiue emptori offerre velit,ſiue creditori,*l.2.C.ſi*

antiq.

antiq.credit.pign.vend.& ſexcentis aliis iuris locis. Sed & ita concipi quæſtio debuerat, an debitori liceret offerendo pecuniam emptori aut creditori pignus recuperare, non autem an recuperare poſſit *ſolutâ*, vt textus habet, *pecuniâ*. Non enim ponere poſſis ſolutam à debitore pecuniam quin ponas acceptam ab emptore: quin tamen conſtat hoc ipſo quo pecuniam accipit à debitore, obligare ſe vt pignus reddat, etiamſi millies prætererit tempus intra quod ſolui pecunia debuerat. Sed Triboniano familiare fuit, ablatiuis iſtis abſolutis vti ſæpiſſime, quaſi pro genitiuis græcis, itémque ſolutionis & oblationis nomina & iura, vt cætera ferè omnia confundere. Reſponſio autem & diſtinctio ſupradicta prorſus inepta eſt. Nam & ratione iuris illud abhorret, vt ex pacto, quod creditor adhibuerit in pignoris venditione, actio perſonalis debitori detur contra emptorem, niſi impetrata priùs ceſſione per debitorem, cui nimirum in eam rem pignoratitio actio accommodari ſolet & debet, quemadmodum ab Vlpiano reſponſum eſt in *d.l.ſi cùm venderet*. Deinde quod exceptionis loco ſubiicitur, *niſi minor ſit annis vigintiquinque debitor aut pupillus*, prorſus abſurdum eſt. Quid enim attinebat verba illa addere *aut pupillus*. cùm iam de minore annis vigintiquinque dictum eſſet? An verebatur Tribon. ne quis forte dubitaret vtrum pupilli deterior quàm adoleſcentis conditio eſſe deberet, vel, an minor eſſet annis vigintiquinque qui eſſet pupillus? Tum verò quis vnquam dixit minorem aut abſentem reipublicæ cauſa reſtitui poſſe ex edicto ob id tantùm quod non egerit ex aliena conuentione? Prius namque erat vt diceret Tribonianus & probaret ex pacto creditoris pignus diſtrahentis competere actionem debitori quàm vt de ea ex edicto reſtituenda tractaret. Non enim alia edicti poteſtas eſt, niſi vt amiſſa actio reſtituatur. Amiſſa porrò eſſe non poteſt, quæ nunquam competit. Sed etſi admitterem quod ſemper negabo, ex pacto creditoris pignus diſtrahentis dandam eſſe actionem debitori intra id tempus quod in côuentionem deductum ſit, non tamen æquè admittere illud poſſem, dandam ei aduerſus lapſum temporis in integrum reſtitutionem, ſiue ex capite pupillaris aut minoris ætatis, ſiue ob abſentiam, quæ reipublicæ cauſa contigerit. Cur enim hac parte plus iuris habeat is qui non contraxit, quique ex alterius perſona ius nanciſcitur, quàm is ipſe qui contraxit? Atqui non poſſet in integrum reſtitui creditor, non ſolùm quòd neque minor eſſet, neque abſens fuiſſet, verùm etiam quia nihil omnino ipſius intereſſet. Non enim ad aliud teneri poteſt pignoratitia actione, niſi vt quas ex vendito actiones aduerſus emptorem habet, eas præſtet, cedátque debitori *d.l.ſi cùm venderet*. Nullas autem habet poſt elapſum tempus, quod fuerat conuentione præfinitum. Neque verò ratio vlla eſt cur emptor qui ea lege acceſſit ad emptionem pignoris vt ſi intra certum tempus pecuniam debitor redderet, emptio reſcinderetur, poſt tempus illud cogatur rem reſtituere, ſiue vi & poteſtate reſtitutionis in integrum, ſiue quo alio iure, cùm non alia lege fuerit empturus, eáque temporis immutatio quantulacumque ſit & vndecumque tandem emergat, pretij quoque diuerſitatem inducat (ſiquidem pactum illud pars pretij eſt, vt toties diximus.) Pretij verò diuerſitas poſt perfectam exceptionem induci nunquam poteſt, quin alia quoque venditio fieri videatur *l.pacta conuenta 72.D.de contr.empt.* Quid autem abſurdius, quàm vt venditio per creditorem facta immutetur, & alia fiat ex perſona & conditione minoris aut abſentis reipublicæ cauſa, qui nihil contraxerit? Nam & ſi pignus à maiore datum proponeretur ea lege vt non

aliter pignus diſtrahere creditor poſſet quàm ſi intra certum tempus ſoluta pecunia non eſſet, mortuo interim debitore cui pupillus ſucceſſerit, conſtat non eò minùs poſſe creditorem pignus vendere ſuo iure poſt diem, acſi debitor adhuc viueret, aliúſue maior annis vigintiquinque debitori heres extitiſſet, vt apertiſſimè Paulus tractat, & tanquam de iure indubitato in *d.l. Aemilius.* verſ. *Non me moueri*, tametſi verum ſit ante diſtractionem factum eſſe pupillare prædium quod anteà pupillare non erat, in eámque proinde cauſam deueniſſe, vt alienari poſſe deſierit, ſi vel minimo pupilli facto aut conſenſu ad faciendam alienationem opus eſſet. Quænam igitur ratio afferri poteſt, ob quam reſtitui pupillus debeat aduerſus lapſum temporis adhibiti in conuentione, quam non ipſe pupillus, nec alius in cuius locum ſucceſſerit, ſed creditor ipſe fecerit & quam pro arbitrio facere potuit, & ſuo iure? Quam uam etſi Marciani quis eſſe volet textum illum quem nos Triboniano adſcribimus in *d.§.illud.* facilis reſponſio eſt ne aduerſus ſententiam noſtram Marcianus reſpondiſſe videatur. Tractat enim locus ille de minore, qui ſit ipſe debitor, non qui ſucceſſerit debitori, & conſequenter de pignore quod ab ipſo minore cõſtitutum ſit aut etiam à iudice in odium minoris, fortaſſe ex cauſa iudicati, vt in *l.ſi ex cauſa 9. D.de minor.* quo caſu conſtat ſuccurrendum eſſe minori aduerſus venditionem pignoris, quantumlibet ritè ac legitimè factam, non quidem facilè & indiſtinctè, ſed ita demum ſi grande dã-
3 num ſit minoris, vt Vlpianus loquitur in *d.l.ſi ex cauſa.* Cui conuenit quod ab Impp. Diocletiano & Maximiano reſcriptum † eſt in *l.1.C.ſi aduerſ.vendit. pignor.* etiam aduerſus venditiones pignorum quę à creditorib. fiunt minoribus ſubueniri, ſi tamen, inquit lex, magno detrimento afficiantur, Nimirum ſi pignora de quorũ venditione reſcindenda agitur ab ipſis minoribus aut cõtra eos à iudicibus conſtituta proponantur. Nam ſi ab eo cui minor ſucceſſit pignus datũ fuerit, ſiue pater is fuit, ſiue extraneus quilibet, nõ habet rationem deſiderium minoris, ſi ob ętatem ſuam velit reſcindi vẽditionem quam creditor fecerit rei ab alio ſibi obligatæ, quemadmodum iidem Impp. reſcripſerunt in *l.2.eo.ti.* quæ niſi hac adhibita diſtinctione cũ præcedente conciliari nullo modo poteſt: & in qua notatu dignum illud eſt, quod ne tum quidẽ cùm creditor doloſè verſatus eſt in diſtractione pignoris ab alio quàm à minore accepti, minori tamen ſuccurri patitur aduerſus emptorem, ſed tantùm aduerſus creditorem ipſum, qui dolum admiſit, aut aduerſus minoris tutores vel curatores qui vẽditionem quam impedire poterant permiſerint, ſi modò ritè diſtractæ ſint. Si quid enim minus ritè factum ſit, non poteſt ſecurus eſſe emptor cuius titulus iuris ſolennitate deſtituatur, vt Paulus docet *lib.1. Senten. Tit.9.§.vlt.* Eundémque ſenſum habet quod in *d.§.illud* ſcriptum eſt de abſente reipubl. cauſa, vt ſcilicet reſtitui poſſit aduerſus venditionem pignoris, quod ipſe dederit, non quod ab alio datũ ſit cui ipſe ſucceſſerit. Quod vereor ne nõ ſatis bene perceptum ſit à noſtris interpretibus, vt nec ab Andr. Tiraq. *de retr.conuent.§.1.gloſſ.2.nu.59.* Quod autẽ in hoc loco Triboniani manũ indicamus, fiet probabilius, ſi ea coniungantur quæ ſcripſimus in ſuperiorib. *De*
4 *ſententia §.vlt.eiuſdem legis*, quem §. Triboniani etiam eſſe probauimus, & à iuris ratione omnino abhorret. Illud † etiam à nobis docendũ ſupereſt quod pertinet ad *d.l.Aemilius 38. D.de minor.* ſubeſſe in ea mendum à nemine, quod miror, adhuc animaduerſum, ſed quod tamen imperito interpreti malim tribuere quàm Triboniano, mendum eſt in illa poſtrema clauſula, *Monis etiam*

Impera-

Imperatorē quod priores tutores, qui nō reſtitui deſideraſſēt, ſuſpecti pronuntiati erant. Dico ea verba delenda eſſe *qui non reſtitui deſideraſſent.* Non enim illa Imperatoris ſententia fuit, vt prioribus tutoribus imputandū putaret, cur nō petiiſſent in integrum reſtitutionem nomine pupillæ, cùm de hoc ipſo apud Imperatorem quæreretur, an reſtitui pupilla poſſet necne, ſed potiùs cur venditori poſt diem denuncianti vt ſoluerent, non ſoluiſſent: quo facto legis commiſſoriæ poteſtatem effugiſſent, pupillæque redhibendi fundi iura integra conſeruaſſent. Quod ab iis factum non eſſe credibile erat mala mente, & dolo malo, cùm aliunde ſuſpecti poſteà pronunciati eſſent: Ex dolo autem ipſarum emergere damnum pupillæ durum certè videbatur. Etſi neque ratio hæc Paulum mouere potuiſſet. Si enim tutoris dolus prodeſſe pupillo non poteſt ad reſcindendam venditionem pignoris eo tempore diſtracti quo fundus cœperat eſſe pupillaris, ſi pignus fuerat datum à maiore, præſertim quandiu creditor ipſe aut tutor eſt ſoluendo, *d.l.1.C.ſi aduerſ.vendit. pignor.* (hoc enim caſu nunquā emptor inquietandus eſt, ne tum quidem cū fraudem participauit *l.1. & pen.C.ſi vendit.pign.agat.*) Cur proderit pupillo ad impediendam poteſtatem legis commiſſoriæ ſub qua non pupillus ipſe, ſed pater eius emerat? Nam & fieri facilè poteſt vt ſuſpectus tutor fuerit dolóque malo ceſſauerit in pretij ſolutione, vt in necem pupilli lex venditionis committeretur, neque tamen venditor fraudem & dolum participauerit. Cæterùm ex eo quod † Paulus in *d.l.Aemilius*, tam diligenter hac de re 5 diſputat an pupilla aduerſus lapſum temporis conuentionalis in integrum reſtitui deberet, déque eo tam accuratè apud ipſum quoque Imperatorem, & tantis conuentionibus diſputatum fuiſſe refert, apparet manifeſtè quàm verum ſit, quod tota hac Decade diſputauimus, non eſſe in ſupremi Principis arbitrio & poteſtate, vt tempus conditionis à contrahentibus præſcriptum proroget, ne quidem ex cauſa pupillaris ætatis ſi non aduerſarius conſentiat. Cur enim de reſtitutione in integrum quærendum fuiſſet, ſi ea prorogatio ab Imperatore concedi potuiſſet? Aut quo vnquam caſu concedenda erit prorogatio, ſi non illo concedi debuit, quo tot rationibus Imperator vt pupillæ ſuccurreret, mouebatur? maximè verò propter denunciationes etiam poſt diem à venditore factas quarum poteſtate ab ipſo penè venditore prorogatio facta videri debuiſſet. Et verò longè expeditius futurum eſſet remedium illud prorogationis quàm reſtitutionis ſi iuſtum eſſet: quia quotieſcunque iuſta prorogatio eſt, idem numero contractus qui anteà fuit, manere intelligitur, propterea quòd tempus prorogatum idem cum priore, ſaltem iuris fictione eſſe exiſtimetur, vt ſuprà diximus ex Tiraquello. Reſtitutionis verò in integrum remedium eſt omnino extraordinarium, ideóque odioſum, nec vnquam concedendum quandiu aliud ſupereſt quod vel ordinarium ſit, vel minùs ſaltem extraordinarium *l.in cauſa 16.D.de minor.* Ergo cùm reſtituendam eſſe pupillam Imperator ſiue iuſtè ſiue iniuſtè pronunciauerit, ſatis hoc ipſo declarauit, ſi tamen de tam improbabili & inſulſa quæſtione cogitare potuit, alio illo prorogationis remedio indemnitati pupillæ conſuli nunquam poſſe inuito & contradicente eo, qui ius habet contradicendi. Magiſque extraordinarium & à iuris ratione alienum eſſe auxiliū prorogationis (quānis & prudētibus & Imperatoribus incognitū) quàm in integrū reſtitutionis. Ac proinde in hac ſpecie ſi quādo vnquā aliàs locū habere debet quod Titus Antonius reſcripſiſſe dicitur in *l.ſed cùm ab he-*

rede 12. D. *ad SC. Trebell.* pupillum extra ordinem non eſſe iuuandum ſi nouum beneficium cum alterius iniuria poſtuletur.

ERROR SEPTIMVS.

Si pupillus reſtitui poſtulans tanquam maior ex capite ignorantiæ, agat, non conueniatur, & habuerit tutorem aut procuratorem.

SVMMARIA.

1 Error pragmaticorum impugnandus.

2 Interpretum diſtinctio aduerſus errorem pragmaticorum inducta.

3 l. Qui in alterius. 42. D. de reg. Iur. Tribonianiſmum ſapere.

4 Quæ ſit germana ratio regulæ l. 42. D. de reg. Iur.

5 Quæ ſit ſententia l. cùm filiusfam. §. in hac. D. de verb. oblig.

6 Reijcitur iactatum apud pragmaticos effatum, Reſtitutionem in integrum ſi à reo imploretur per viam exceptionis impetrari poſſe ex capite ignorantiæ, etiã poſt tempora reſtitutioni præſtituta.

7 Error multiplex eorũ qui pupillũ tanquã maiorem reſtitui volunt, ex capite iuſtæ ignorantiæ.

8 Quàm ineptè quidam Imperatoris & Pauli ſententias repugnantes in l. Æmilius 38. D. de minorib. concilient.

9 Error pragmaticorum de electione quam pupillo dant, an reſtitui malit, an agere contra tutorem: & eius refutatio.

10 Ex ſententia interpretũ tutoris ſententia ſufficere poteſt, vt impediat ne pupillus ex capite iuſtæ ignorantiæ & tanquam maior reſtituatur.

11 Num idẽ dici debeat vbi mater quaſi tutrix negotia pupilli adminiſtrauit: & nu. 13.

12 Quid ſi fuerit falſus tutor.

13 Quomodo accipiendum illud, in his quæ tutores vel curatores malè geſſere licet perſonali actione minores ius ſuam ab illis cõſequi poſſint, in integrum tamen reſtitutionem minoribus dandam.

15 Quãdo pupillus neque tutorem habet, neque alium qui pro tutore negotia gerat, an ſit reſtituendus aduerſus lapſum temporis conuentionalis.

INterpretum eſt magis quàm pragmaticorum error ille quem nunc refutauimus De pupillo aduerſus lapſum temporis conuentionalis in integrum reſtituendo, ex capite ignorantiæ ac tanquam maiore. Sed pragmaticorum noſtrorũ proprius hic erit quem nunc refutabimus, à quibus error ille interpretum
2 peius certè quàm debuit acceptus fuit. Putant enim generaliter † & indiſtinctè verum hoc eſſe, vt iuſta pupilli & alterius minoris cuiuſlibet ignorantia iuſtam prębeat materiã reſtitutionis ex generali clauſula *ſi qua mihi iuſta cauſa eſſe videbitur.* Nec rurſus dubitant, quin pupillo aut minori electio danda ſit, an contra tutorem vel curatorem agere malit, an in integrum reſtitutionem aduerſus eum cum quo non contraxerit poſtulare. In vtroque autẽ euidenter falluntur non ſolùm ſi Iureconſultos, rectámque iuris rationem, ſed & ſi interpretes ipſos conſulamus. Nam quod † ad primum attinet, ſolẽt interpretes diſtinguere, an pupillus minórve qui in integrum reſtitui vult, ex capite iuſtæ ignorantiæ & tãquã maior conueniatur ab alio, an ipſe agat: nec niſi priore caſu admittunt dandã ei reſtitutionẽ, id eſt cùm ab alio conuenitur vt in *l. Aemilius* 38. D. *de minor.* nõ etiã ſi agat: quoniam prorſus nouum & inauditũ eſt vt quis ex propria ignorantia ſibi cõparet actionẽ: ſatiſque ac plus quàm ſatis fauetur ignorantiæ in eo, quòd creditur iuſtam præbere excuſationem, quæ conuento reo auxilium adferre poſſit quaſi per viã exceptionis, vt non inſubtiliter Caſtrenſis diſputat ad *l. cùm filiusfamilias* 49.

§. in hac

§.in hac. De verb.obligat.ex l.qui in alterius 42. De regul.iur. vbi Caius ſcribit, eos quidem qui in alterius locum ſuccedunt iuſtam habere cauſam ignorantię vtrum id quod petitur debeatur, ſed ita demum in herede id obtinere ſi cũ eo agatur, non etiã ſi agat. Nã planè, inquit, qui agit certus eſſe debet, cùm ſit in poteſtate eius quando velit, experiri: ex quo illud etiam euenit, licèt à tractatu noſtro alienius ſit vt temporalia ſint ad agendum quæ perpetua ſunt ad excipiendũ *l.purè 5.§.vlt.D.de dol. mal.except.* Quamquã quod† ſequitur in *d.l.qui in alterius & antè debet rem diligẽter explorare, & tunc ad agendũ procedere*, vereor ne Triboniani ſit potiùs quàm Iureconſulti, ſi bene ſtylum agnoſco, imò & totam illam poſtremam clauſulam, *Hæc ita de herede dicta ſunt* ad finem vſque legis. Non enim niſi valde ineptè ſubiici poterat à Caio ea clauſula & diſtinctio, cùm iam ex præcedentibus appareat nõ de aliis heredibus cõceptam eſſe regulam quàm qui conuenirentur. Sic namque concepta eſt regula, *Qui in alterius locum ſuccedunt iuſtam habent cauſã ignorantiæ an id quod peteretur, deberetur*. Ergo de reis non de actoribus. Siquidem actores petunt, non rei. Petitur autem à reis nõ ab actoribus. Quid verò ſtultius quàm ſi quis moneat regulã quæ maniſeſtiſſimis verbis de reo tantum concepta ſit, ita demũ obtinere ſi is conueniatur, non item ſi agat? Sed & in actore locũ habere poteſt ſi quis fortè ex chirographo hereditario & in hereditate reperto agat, ignorans apocham quam defunctus cõſcripſerat. Iuſtã.n.habet ignorantiæ cauſam heres hic quia in ius alterius ſuccedit, licèt idem actor ſit, ideóque nec in expenſas vllas condemnandus eſt ſi poſt viſam apocham liti ſtatim cedat. Quo etiam iure Senatus noſter vtitur. Indéque apparet regulam illam generalem eſſe & cùm ad heredes & ſucceſſores omnes pertineat, ſiue actores ſint, ſiue rei, malè Tribonianum ad reos illam coanguſtaſſe. Sed & Triboniani inſcitiam detegunt verba illa *Hæc de herede.* Vnica enim præcedebat clauſula & ſententia, non plures, de heredibus verò, & ſucceſſoribus, non de herede. Itaque ſcribendum potiùs erat ſi verum amamus, *Hæc de heredibus*, quomodo Iuriſconſultus vtique ſcripſiſſet. Neque verò germana † huius regulæ ratio 4
illa eſſet, propter quam in reo locum habere deberet, non in actore, quòd non ſit in poteſtate rei quando conueniatur, quemodo in actoris poteſtate eſt vt agat quando velit, ideóque certus hic eſſe debeat de iure ſuo non etiam reus (pertinet enim hæc ratio tantùm ad ſumptus litis, de quibus ſi quæratur, illud vnum inſpici ſolet an temerè actor litem inſtituiſſe aut reus ſuſcepiſſe videatur) ſed quia, vt diximus, ignorantia quantumlibet iuſta actionem producere nunquam poteſt, parit enim duntaxat probabilem excuſationem excuſatio autem præbet exceptionem tantùm, non actionem, exceptionem inquam, ad effugiendam condemnationem ſumptuum litis, vt dixi, ſed non ad faciendum, quominùs id quod petitur, reuera debeatur, vt conſtat ex *d.§.in hac.l.cùm filiusfamilias*, vbi Paulus † ſcribit, in hac ſtipulatione, *Neque per* 5
te neque per heredem tuum fieri per heredem videri fieri non faciat quod ex ſtipulatu fieri oportet, quamuis abſit & ignoret. Eſt enim locus ille, vt apparet, de promiſſoris herede qui conuenitur ex ſtipulatione, nec tamen eo minùs illum teneri vult Paulus, quòd ignoret quid ſtipulatione contineatur. Quod proculdubio ſic accipiendũ eſt vt cùm effectu teneatur.i.non ſolũ mero iure ſed etiã ex æquitate, & ita vt aduerſus commiſſam ſtipulationẽ reſtitutio nulla dari poſſit. Etſi non ignoro interpretes vulgò cõtrà putare, quibus videtur nimis durũ vt conueniatur quis ob id quod nõ fecerit ea quę facere debuit

ex ſtipulatione quã ignorauit *arg.d.l.qui in alterius*: Cùm tamen nihil in eo abſurdi ſit aut iniqui, quoties ſtipulationis initiũ & poteſtas ex eius perſona vires accipit, cui heres hic ſucceſſerit. Sed illud magis mirum videri debet, quod in *d.§.in hac*, idem Paulus ſubiicit, *non videri per pupillum ſtetiſſe ex ſupraſcripta ſtipulatione, ſi pupillus heres erit.* Quid enim ampliùs facere poteſt pupillaritas, niſi vt pupillus & abſens & ignorans habeatur? Atqui heredes cæteri etiam abſentes, & ignorantes tenentur. Quidni ergo pupillus tenebitur? Verùm reſponderi poteſt fauorabiliorem hac parte cauſam pupilli eſſe, quàm alterius heredis cuiuſlibet, etiam abſentis & ignorantis, quia pupillus ſic abeſt, vt numquam poſſit adeſſe, ita ignorat vt numquam ſcire. Nimirum etiam cùm adeſt, abeſt, quæ ſcit & videt ignorat: quod in cæteris heredibus diuerſum eſt etiam minoribus annis 25. dum ne pupillis (alioqui cur de pupillo lex loqueretur?) qui licèt ſemper abfuerint, & ignorauerint, tamen & adeſſe & ſcire potuerunt, ideóque per eos factum videri poteſt quominùs ſtipulationi paruerint, tum etiam cùm ſtipulationem ignorarunt. Ex eóque maximè loco refellendi ſunt interpretes & pragmatici noſtri, qui in propoſita quæſtione non ſeparant pupillũ à minore. Porrò ſi debitoris ignorantia facere non poteſt, quominùs id quod petitur re vera debeatur, multò magis admittendum eſt, ignorantiam actoris facere non debere vt habeat actionem quam alioqui non eſſet habiturus. Quare nec facilè poſſum con-

6 coquere † quod pragmatici paſſim iactitant, reſtitutionem in integrũ ſi à reo imploretur per viam, vt loquuntur, exceptionis impetrari quandocũq; poſſe, præſertim ex capite ignorantiæ, etiã poſt tempora concedendę reſtitutioni à lege præſtituta. Omnis enim reſtitutio in integrũ actio eſt, licèt ab eo petatur, qui conuenitur. Et à Paulo in ſententiis definitur, *redintegrandæ rei, vel cauſa actio.* nec ſanè fieri poteſt, vt per viam exceptionis vnquam petatur, ne quidem à reo: quia nullam exceptionem habere videri poteſt, qui reſtitutione indiget, vt aliquo iure niti videatur, & vt Paulus loquitur in *d.l.exceptiones.7.in fin. De except.* nullum ipſe habet auxilium, antequam fuerit reſtitutus. Fateor poſſe fieri, vt petendæ reſtitutionis cauſam det reo inſtrumentum aliquod ab actore editum, quod in illum vſque diem reus ignorauerit. Sed dico non eo minùs actionis iure cenſeri debere reſtitutionem in integrum, quam hoc caſu reus impetrat, nec proinde permittendum ei eſſe vt impetret poſt elapſa tempora intra quæ reſtitutionem peti neceſſe eſt: nec ad rem pertinebit, ſi obiiciat non potuiſſe ſe citiùs petere reſtitutionem, ob id quòd in ſua poteſtate non fuerit, quando conueniretur. Neque enim expectare debuerat vt conueniretur, ſi conuentus nihil iuris habiturus erat niſi petita priùs reſtitutione: Quam ſi non priùs petere potuit, propterea quòd futuri aduerſarij ius ignoraret, nihilo plus iuris habere debet, quia non poteſt imputari actori, cur non citiùs egerit, & intra tempora, intra quæ reus in integrum reſtitutionem petere potuiſſet. An enim diuinare potuit aut debuit futurum vt aduerſarius vellet reſtitui? Aut an non ſatis ei fuit habere ius quæſitum, quod non niſi in caſum & incertum euentum petendæ in integrum reſtitutionis poſſet amittere? Quare nec aliud dicendum arbitror, tametſi diſtulerit editionem inſtrumenti, ea mente vt interim petendæ reſtitutionis tempora laberentur. Quanquam enim ita ius eſſe ſcio, vt is etiam, qui iuſtam habet exceptionem, ſi eam opponat tardiùs vt tantò maioribus litis ſumptibus actorem oneret, cõdemnari debeat in ſumptus omnes quos

actor

actor fecerit in illum vſque diem. Ex cap. *exceptionem*, vbi Felin not. *Extr. de
probat.* meliorem tamen puto eſſe debere conditionem actoris tardiùs agen-
tis, quia non ſicuti actionem excipere & ſi quas exceptiones habet reus pro-
ponere cogitur, vt ſcire poſſit actor an pertinacius contendere debeat, an ce-
dere ſimiliter dici poteſt cogendum eum, qui agere poteſt vt ſtatim agat, &
citiùs quàm velit, ob hoc ſolùm vt ſcire poſſit reus an in integrum reſtitu-
tionem impetrare debeat, necne: quoniam vt reſtitutio impetretur poſt a-
ctionem propoſitam, & exhibita actoris inſtrumenta, fit per occaſionem po-
tiùs, quàm ex cauſa, vel in conſequentiam propoſitæ actionis: Vnde illud eſt
quod *incertum reſtitutionis* dixit Papinianus in *l. ſi Titius* 48. §. §. 1. *De fideiuſſ.*
propterea quòd ante impetratam reſtitutionem duplex incertitudo ſemper
eſt, vna facti, an qui reſtitui poteſt eam impetraturus ſit, cùm multa poſſint
contingere quæ faciant ne impetrare velit aut poſſit. Altera iuris, an ea reſti-
tutio ſi petita fuerit concedenda ſit ex iuris æquitate. Quæ omnia eò perti-
nent, vt appareat duplicem † illorum errorem eſſe, qui pupillum tanquam 7
maiorem reſtitui volunt ex capite iuſtæ ignorantiæ, non ſolùm ad excipien-
dum ſi conueniatur, ſed etiam ad agendum. Errant enim primùm in eo quòd
cùm interpretibus non diſtinguunt, an pupillus agat an conueniatur, cùm
tamen ei ſoli, qui conuenitur, putent interpretes ſuccurri ex hac cauſa opor-
tere. Sed errant rurſum in eo quòd cum interpretibus dant reſtitutionẽ pupil-
lo tanquã maiori, quã tamen dare nõ deberent, ne quidem eo caſu quo pupil-
lus conueniatur: cùm hoc ipſo ex reo actor fiat quiſquis petit reſtitutionẽ vt
diximus. Sed & quod magis eſt, ac obſeruatione dignius in propoſita quæ-
ſtione cùm diſputamus an pupillus reſtitui poſſit in integrum aduerſus lapſa
tempora retrouenditionis, non de illo tantùm quęrimus, an ignorantia pupil-
li actionem ei parare poſſit, ſed de illo potiſſimùm, an ea pupilli ignorantia
facere debeat, vt emptor citra conuentionem vllã obligetur ad retrouendẽdũ.
Secundum id quod in ſuperioribus probauimus, promiſſionem retrouendẽdi
nihil aliud inducere, niſi vt emptor ad retrouenditionem obligetur ſub ea cõ-
ditione, ſi intra certum tempus vẽditor ei pecuniam reſtituet, quo tempore e-
lapſo, ſicut omnino deficit conditio, quam certum eſſe incipit nũquam extitu-
ram, ita & promiſſio euaneſcit, nec vlla vnquam facta eſſe intelligitur. Itaque
ſiue per decretũ Principis prorogetur tẽpus conditionis, ſiue per in integrum
reſtitutionem ea prorogatio fiat, fatendũ eſt nouã obligationem contrahi ſub
noua conditione. Proinde qui dicunt pupillum hoc caſu reſtitui debere tan-
quã maiorem ex capite ignorantiæ, effectu ipſo dicunt, poſſe ignorantiam pu-
pilli facere vt & ignorans & inuitus obligetur emptor ad retrouendendũ qui
alioquin nõ obligaretur. Quod tamen quis vnquã dicere vel ſentire ſciẽs pru-
dénſque auſus eſt? Nam ſi abſurdũ eſt quẽadmodum eſſe iã diximus, vt qui ex
ignorantia ſua ſibi cõparet actionem, an non multò difficilius eſt vt ex vnius
ignorantia ignorans alius obligetur? In eóque certè differt ſpecies hęc quam
tractamus, ab illa de qua Paulus in *d. l. Aemilius*, ibi enim ignorantia pupilli
etiamſi, quod interpretes volũt & nos negamus, ſufficere poſſet ad inducendã
in integrum reſtitutionẽ, non idcirco tamen pupillo prodeſſet ad inducendam
obligationem vel actionẽ, ſed tãtùm ad impediendã reſolutionẽ venditionis,
ne fundus qui re vera emptus fuit, inemptus fieret ex legis cõmiſſorię poteſta-
te. Hoc verò multò facilius eſt, quàm vt ex pupilli ignorantia emptor obli-
tur ad retrouendendum, ſicut & fauorabilius eſt vt contractus ſemel perfectus

ex bona fide initus teneat & ſubſiſtat quàm vt reſoluatur. Itaq; faciunt valdè
meo iudicio imperitè,qui ex eo quod Imperat.in illa ſpecie pronũtiauit pu-
pillã in integrũ reſtituẽdã eſſe,inferũt,ſimiliter in propoſita quæſtione reſti-
tutioni locũ eſſe oportere: quaſi nihil interſit, an per reſtitutionẽ vẽditio-
8 nis reſolutio impediatur. An noua obligatio ad vẽditionẽ nouã faciẽdã indu-
catur. Sed illi multò imperitiùs † qui pugnãtes Imperatoris & Pauli ſentẽtias
ſic cõciliãt vt pupill' tãquã pupillus & minor reſtitui nõ poſſit tãquã maior
poſſit. Nã quod Imperator pronũciauit pupillam in integrũ reſtituendam,ſic
haud dubiè accipiẽdũ eſt vt reſtituẽdã putauerit ex edicto *De minoribus*. Mo-
uebatur.n.illa potiſſimũ ratione *quòd dies cõmittẽdi in tẽpus pupillæ incidiſſet,
eáq; res effeciſſet ne pareretur legi vẽditionis*. Idq; manifeſtiùs apparet ex Pau-
li diſputatione, qui vt cõtrà ſentiat nõ ex alio mouetur quàm *quòd pater pu-
pillæ nõ ipſa cõtraxerat*. Quæ ratio prorſus ridicula eſſet ſi de eo quæreretur an
9 pupilla nõ tãquã minor poſſet reſtitui,ſed tãquã maior. Quod verò iidẽ pra-
gmatici noſtri pupillo non ſolũ reſtitutionem † dandam eſſe putant tãquam
maiori, ſed etiam electionem an reſtitui malit contra emptorem ob elapſa
in pupillaritate tempora conuentionalis conditionis, an agere contra tuto-
rem qui intra tempora non paruerit conditioni. Abhorret ſanè non tan-
tùm à iuris ratione, ſed ab ipſis quoque interpretum traditionibus. Sic
enim vulgò ſentiunt, & rectè, reſtitutionem hanc quam pupillo dari volunt
tanquã maiori,cùm detur aduerſus eũ qui nihil cũ pupillo cõtraxit; nec niſi
ex æquitate illa generali, ne pupillus ex ignorantia ſua cui ſola ætas cauſam
dederit, periclitetur, non aliter dandam eſſe quàm ſi ab ipſo tutore qui intra
tempus emptori offerre debuerat indemnis ſeruari pupillus nequeat. Nam
cùm hoc ipſum imputari poſſit tutori cur tempus conditionis elabi paſſus
ſit, nemo dubitat quin tutor ex hac cauſa condemnari poſſit & debeat vt in-
demnitatem pupillo præſtet, nec proinde æquitatis ratio vlla eſt; quæ ſua-
deat, vt ſecuto pupillo, nec damnum vllum metuenti ſuccurri oporteat non
modò contra bonæ fidei emptorem cui nihil poſſis imputare, quique cum
pupilli patre non cum pupillo ipſo contraxerit, ſed etiam aduerſus mani-
feſtiſſimam iuris certiſſimi rationem. Denique volunt interpretes reſtitu-
tionem hanc quæ pupillo tanquam maiori datur ob iuſtam ignorantiam ex
generali clauſula *ſi qua mihi iuſta cauſa eſſe videbitur*, non niſi ſubſidiariam
eſſe, id eſt ita demum accommodari debere, ſi aliter indemnitatem conſe-
qui pupill. s nequeat, fortè quia tutores nullos habuit, aut eos habuit qui
non ſunt ſoluendo: vt tradit Franciſc. Turzan. in *communibus opinionib. quæſt.*
125. incip. *præſcriptio*. ex Paulo Caſtr. in *l. properandum. §. vlt. C. de iudic.* & Fran-
ciſc. Balb. in 1. *parte quinta partis princip. num. 4. in 6. quæſt.* Adde Carolũ Rui-
num *col. 19. conſ. penult. vol. 5.* & Roland. à Valle *conſ. 10. num. 18. verſ. verùm
quia opinio vol. 2.* Imò & quod ampliùs eſt, fatentur interpretes, quod prag-
10 matici ignorant, tutoris † ſcientiam ſufficere poſſe, vt impediat ne pupillus
quandoque ex capite iuſtæ ignorantiæ & tanquam maior reſtituatur. Sic
enim eleganter & verè Paulus Caſtrenſis ad *d. §. in hac l. 4. De verb. obligat.*
Quod proculdubio ita accipiendum eſt etiamſi tutor non ſit ſoluendo. Tu-
tor enim domini loco eſt, pupillique perſonam repræſentat, adeò vt etiam
de dolo tutoris exceptio pupillo experienti nocere debeat *l. apud Celſum 4.
§. illa etiam quæſtio. D. de dol. mal. except.* Vbi addit Vlpianus generaliter id ve-
rum eſſe, neque diſtinguendum eſſe an pupillo cautum ſit, an non, tutórne
ſoluendo

Digitized by Google

ſoluendo ſit,an non. Denique pupillus tutorem habens neque pro abſente
haberi poteſt,cùm tutor adeſt,neque pro ignorante,cùm tutor ſcit id quod
pupillus ipſe ſcire non poteſt. Quid ergo † ſi tutor verus & legitimus non 11
ſit,ſed is tamen,qui pro tutore omnia pupilli negotia gerat, neque ex mala
fide,ſed fideliter & diligenter. Finge matrem,quæ cùm tutorem pupillo in-
tra annum petere deberet,nullum petiit,ſed tamen vniuerſum pupilli patri-
monium haud aliter, quàm ſi tutrix fuiſſet adminiſtrauit. Non puto poſſe
aut debere ſcientiam eius nocere pupillo quia cùm reuera tutrix non ſit
quod neque à patre data fuerit,neque à iudice, non habet legitimam perſo-
nam quæ pupillum vſque adeò repræſentare poſſit, vt eadem cum pupillo
perſona eſſe exiſtimetur. Itaque ſi verum crederem, quod interpretes ſom-
niant,reſtitui debere pupillum ex cauſa iuſtæ ignorantiæ tanquam maiorem,
minimè dubitarem, quin hic pupillus qui matrem duntaxat habuiſſet reſti-
tui deberet, tametſi mater pro tutrice omnia geſſiſſet, totámque rem ſci-
uiſſet,ſed ita tamen ſi ſoluendo non eſſe proponeretur. Nam quod proximè
diximus ex eorundem interpretum ſententia, hanc in integrum reſtitutio-
nem non niſi ſubſidiariam eſſe ne pupillus damnum ſentiat, ideóque dene-
gandam eſſe ſi pupillus indemnitatem conſequi poſſit à tutore, qui ſit ſol-
uendo, æquè hoc caſu locum habere arbitror, id eſt cùm quis pro tutore
geſſit & ſoluēdo eſt ad indemnitatem pupillo præſtandam non minùs quàm
ſi tutor verè fuiſſet. Nihil enim prorſus intereſt pupilli quod ad hoc vt in-
demnitatem conſequatur,cùm eius qui pro tutore gerit bona omnia perin-
de ſint tacitè obligata pupillo pro adminiſtratis & neglectis, atque ipſius
tutoris: ex Accurſij ſententia receptiſſima ad *l. pro officio* 20. *C. de adminiſt.*
tutor. Quæ ſententia ſi quo vnquam caſu vera eſt,tunc maximè obtinere de-
bet,cùm mater ipſa eſt, quæ pro tutrice geſſit, quoniam ad eius officium per-
tinebat vt tutorem pupillo peteret intra annum ſi tutrix eſſe nollet: nihilq;
probabilius eſt, quàm vt vulgò tutrix exiſtimetur mater quæ pupilli nego-
tia gerit, alio tutore nullo exiſtente. Separandúſque eſt hac parte is, qui pro
tutore gerit cùm tutor non ſit,à falſo tutore. Falſum † enim tutorem intelli- 12
go, eum qui prudens ſciénſque mētitur ſe tutorem vt graſſetur in re pupil-
lari,cuius bona cùm nullomodo ſint obligata pupillo, quia nō tam ex qua-
ſi contractu obligatur, id eſt ex cauſa tutelæ, quàm ex edicto tanquam fur,
& prædo,conſequens eſt, vt quantumlibet ſoluendo ſit, non debeat ea res
nocere pupillo, quominùs ex capite ignorantiæ reſtitui poſſit, acſi neque
verum, neque falſum tutorem vllum habuiſſet, quia nec vllum habe-
re intelligitur,qui non niſi falſum habet. Et in eo ſanè pragmatici paſſim
errant, non diſtinguentes falſum tutorem ab illegitimo aut ab eo qui pro
tutore negotia pupilli gerit ex bona fide: cùm tamen ſeparatam eſſe huius
& illius rationem, vel ex eo appareat quòd in Pandectis ſeparati ſunt tituli
De eo qui pro tutor. &, *quod falſ. tutor. autor.* Etſi enim pro tutore negotia ge-
rere dicitur,qui munere tutoris fungitur in re impuberis, ſiue ſe putet tu-
torem,ſiue ſciat non eſſe,fingat tamen eſſe *l.* 1. *§. pro tutore. D. de eo qui pro tu-*
tor. Attamen falſus tutor magis propriè dicitur,quod ad edictum prætoris
attinet, qui dolo malo & decipiendi animo mentitur ſe tutorem, id eſt qui
& mala fide & malo animo tutelā ſibi adrogat, *l. falſus tutor* 11. *in princ. & §.*
1. *D. quod falſ. tutor.* Qui autem pro tutore negotia gerit,eandem fidem & di-
ligentiam præſtat, quam tutor præſtaret, *l. penult. D. de eo qui pro tutor.* Ergo ſi

13 quis,†præſertim verò ſi mater pro tutore negotia geſſerit,& ſoluẽdo ſit, ea-
dem ipſius ratio in omnibus conſtitui debet quæ veri tutoris conſtitueretur vt tam perſonali pro tutelæ actione quàm hypothecaria teneatur,ad hoc vt pupillus omnino indemnis ſeruetur, & conſequenter non magis hoc caſu permittendum eſt pupillo, vt tanquam maior ex capite iuſtæ ignorantiæ reſtituatur in integrum aduerſus emptorem ad petẽdam poſt tempora retrouẽditionem,quàm ſi matrem vere tutricem,aliúmue tutorem verum habuiſſet,vrgente nimirum vtroque caſu eadem æquitatis & iuris ratione,vt pupillus indemnis quidem ſeruetur,ne ex ignorantia ſua damnum ſentiat,ſed eam indemnitatem à tutore vel protutore conſequatur,quem habet ex quaſi contractu obligatum,potiùs quàm ab eo cũ quo neque contraxerit, neque quaſi contraxerit, quique nec fecit quicquam nec non fecit. Pragmaticos no-
14 ſtros illud fallit,quod dici ſolet,etiam in his† quæ minorũ tutores vel curatores malè geſſiſſe probari poſſunt,licèt perſonali actione à tutore vel curatore ius ſuum conſequi poſſint, in integrum tamen reſtitutionis auxilium minoribus dandum eſſe *l. etiam 3. & tot.tit. C. ſi tutor vel curat.interuen.* Sed animaduertere deberent,id verè tum dici cùm pupillus in integrũ reſtitui poeſt tanquam pupillus,aut minor tanquam minor,ex edicto *De minoribus*,nõ autem cum reſtituitur ex edicto *De minoribus*:quomodo eam reſtitui volunt interpretes ob iuſtam ignorantiam. Et diſſimilitudinis ratio euidens illa eſt quòd ex edicto *De minoribus*, nunquam ſuccurritur pupillo aut minori per in integrum reſtitutionem, niſi aduerſus eum cum quo negotium aliquod geſtum ſit, vt probauimus in ſuperioribus ex verbis illis edicti,de quibus in *l.1.§.1.& l. ait Prætor 7.in princip.D.de minor.* Proinde nulla fit iniuria ei contra quem pupillus, aut minor reſtituitur, ſi prior ipſe inquietetur, licèt tutor aut curator ſit ſoluendo, quia eſt quod imputari poſſit ei cur cum pupillo aut minore contraxerit. At cùm aduerſus lapſum temporis appoſiti in conuentione facta inter maiores pupillus minórue alius reſtituitur tanquam maior,& ex edicto *De maioribus* vult ſibi ſubueniri pro ſua indemnitate aduerſus eum qui nullum prorſus ſecum geſſit negotiũ, & cui nihil imputare poſſis,ſiquidem non incidit in eum pupillus,ſed ipſe in pupillum. Quidni ergo æquum ſit priorem conueniri tutorem aut curatorẽ, qui & ex quaſi contractu obligatus eſt, & eam indemnitatem quæ pupillo, aut minori præſtanda eſt,æquè commodè præſtare poteſt? Quid igitur ſi pu-
15 pillus† neque tutorẽ habeat,neque alium qui pro tutore negotia gerat? Hoc nimirum caſu clamabunt pragmatici poſt Bartolum concedendam reſtitutionem pupillo,non tanquam pupillo,ſed tanquam maiori, vt admitti poſſit etiam poſt lapſa tempora ad offerendum emptori pretium quod intra præſcriptum tempus offerri debuerat ad extorquendam retrouenditionem. Ego contra negabo, nec vnquam patiar vt deterior fiat cõditio emptoris qui ſibi diligenter proſpexerat,ob hoc ſolùm quòd vẽditori pupillus ſucceſſerit,cùm ſi,quod magis eſt,ſine vllo herede venditor deceſſiſſet, non eo minùs conditionis tempora elaberentur ſine ſpe reſtitutionis, quomodo dicimus,Pecunia ad diem promiſſa ſub pœna,& ante diem mortuo promiſſore committi pœnam,licèt hereditas eius adita non ſit,*l.ad diem 77.de verb. oblig.* & quidem ita cõmitti vt reſtitutio in integrum hîc dari nulla poſſit. Nam cõtra pœnam conuentionalem nunquam datur reſtitutio,licèt contra legalẽ detur, vt tractat Tiraq. *De retract.conuent.§.1.gloſ.2.num.58.* Atqui nemo dixerit maiorẽ
eſſe ratio-

eſſe rationem,vt conditionis tempora currant cum effectu & ſine ſpe reſtitutionis iacẽte hereditate,quàm cùm pupillus heres eſt, quia iacẽte hereditate nullus heres eſt,pupillus autem non poteſt quid minus eſſe,quàm ſi omnino nullus eſſet. Quòd ſi hereditate iacẽte tẽpus currit,ſine ſpe reſtitutionis,quia hereditas perſonã defuncti repræſentat:cur non idẽ admittemus pupillo herede exiſtẽte?Nã & pupillus ex quo heres eſt,perſonam defũcti ſuſtinet, vt & alius heres quilibet:proindéq; non magis venire poteſt quàm ſi maior eſſet, contra factum defuncti,& aduerſus contractum,qui ante mortẽ defuncti nõ ſolùm perfectionẽ habuerit,ſed etiã ſuã executionẽ.Quid enim exequendum ſupereſt emptori qui rẽ ſibi traditam ex cauſa emptionis accepit, nec ſub alia conditione ſe obligauit ad retrouendendũ, niſi ſi intra biennium ſibi pretiũ à vẽditore reſtitueretur?Aut quid ipſius intereſſe poteſt an pupillus tutorem habeat,necne?Alioqui dicẽdũ erit,emptorẽ hoc caſu obligatum eſſe,vt quaſi pupilli procurator poſtulet ei tutorem dari.Quod fuerit profectò ridiculum, quando quidẽ non ſolùm nihil cum pupillo vnquã geſſit,ſed neq; gerẽdũ habet,aut aliud quicquã curãdũ,niſi vt perfecti impletiq; cõtractus ſui ius ſaluum & integrũ tueatur.Cur.n.curet,an quiſquã ſit, qui redimere aut poſſit, aut velit?aut an vẽditoris heres impubes ſit,an pubes?aut an tutorẽ aliquẽ habeat,an non?aut deniq; an omnino heres aliquis ſit,necne?nẽpe his omnibus caſib.idẽ iuris eſt,vt perinde cõditionis implẽdæ tẽpora elabantur cũ effectu & ſine ſpe reſtitutionis.Hac ſola differentia quòd ſi pupillus tutorem nõ habuit,nullã pro indẽnitate ſua actionẽ habet , neq; auxilio reſtitutionis in integrũ, neque alio vllo iure:niſi fortè cõtra matrẽ, quæ tutorem petere debuit neque petiit,licèt alia ei pœna ex hac cauſa legibus ſit cõſtituta.Si verò tutorẽ habuit,agere cõtra eũ poteſt pro cõſequẽda indẽnitate,quia debet tutor præſtare periculũ conditionis nõ impletæ quã implere debuit , vt actio pupillo quæreretur *l.pupillorũ* 21.*C.de admi.tut*. qui textus ad propoſitã quæſtionem pro ſententia noſtra omniũ maximè videtur accommodatus.Sic.n.habet,Pupillorũ ſeu minorũ defenſores ſi per eos donationũ conditio neglecta ſit, rei amiſſæ periculũ præſtare,vt intelligamus,etiãſi per tutoris negligẽtiã vel dolũ factũ ſit quominùs impleta fuerit conditio donationis,nõ eò minùs amitti donationem pupillo,quam lucraturus erat ſi conditio illa per tutorem impleta fuiſſet.Porrò nihil prorſus refert vtrum donationis aut venditionis cõditio illa ſit,quæ per tutorem pupilli nomine debuit impleri : & omni caſu res amittitur ſi conditio non impleatur,quę tamen ſi intra tempus conſtitutum impleta non ſit,poſtea impleri nunquam poteſt , quandoquidem mutatione temporis in conditione appoſiti conditio ipſa tota immutaretur,planéque alia ſpecie ac numero differens efficeretur.

ERROR OCTAVVS.

Si reſcripto Principis prorogetur venditori conditionis implendæ tempus ad petẽdam retrouenditionem,quod iam ſemel ab emptore fuerat prorogatum, & de vario petendæ prorogationis prætextu.

SVMMARIA.

1 [illegible] reſcri- pta Principis in annum prorogari poſſe. [illegible]

Digitized by Google

conditionis implendæ tempus ad petendam retrouenditionem, quod iam ſemel ab emptore liberaliter fuerat prorogatum.

2. *Refutatio propoſiti erroris ex Cagnolo.*

3. *Prorogationis à Principe concedendæ modus minus imperioſus à Cagnolo relatus.*

4. *Emptor qui promiſit prorogare tempus retrouenditionis, ſemel tantùm prorogare tenetur.*

5. *Ratio propter quam tempus iam ab emptore prorogatum non poſſit iterum à Principe prorogari.*

6. *Impropriè dici tempus prorogari, ac tempus prorogatum pro eodem tempore haberi non poſſe, quod primum fuerat conſtitutum.*

7. *Alia ratio cur tempus redimendi iterum à Principe prorogari nequeat.*

8. *Retrouenditio facta in conſequentiam pactionis in vendendo interpoſita, nulla parit laudimia, ſecus ſi retrouenditio ſecuta ſit ex cauſa factæ prorogationis.*

9. *Si compromiſſum factum ſit in diem & ſub pœna dato etiam fideiuſſore, & compromiſſum prorogatum ſit à partibus inſcio fideiuſſore, pœna prioris compromiſſi ab hoc exigi nequit, ſi qui fideiuſſorem dederat ſententiæ arbitri ſtare noluit.*

10. *Pro penſionibus temporis conductionis prorogati, fideiuſſor non tenetur ſi prorogationi non expreſſim conſenſerit.*

11. *Quo caſu fideiuſſor maneat obligatus poſt factam prorogationem temporis.*

12 *Cùm fundus venditus eſt ſubiecto pacto de retrouendendo ſub ea conditione, ſi intra biennium pretium reſtituatur, tempus certum conditioni cur cenſeatur adiectum.*

13. *Nequidem pupillo ſiue minori prorogari poſſe à Principe tempora retrouenditionis quod iam ab ipſo emptore prorogatum eſt: an verò reſtitui poterit pupillus?*

14 *Reſtitutionis auxilium multo fauorabilius eſt, quàm prorogationis.*

15. *Facultatibus lapſum eſſe non eſt ſufficiens cauſa ad impetrandum prorogationis beneficium.*

16. *Alia prorogationis cauſa ſpuria.*

17. *Alia eiuſdem cauſa improbabilis.*

18. *Quòd Princeps pecuniam venditori debeat, nec velit, aut poſſit commodè ſoluere, non eſt iuſta concedendæ prorogationis cauſa.*

19. *Alius prorogationis irritus prætextus.*

20. *Alia cauſa prorogationis reiicienda.*

DISPVTAVIMVS hucuſque contra Hieronymum Cagnolum inter pragmaticorum Principes non ignobilem Doctorem, de eo quod primus ille auſus eſt ſcribere, permittendum eſſe ſupremo Principi vt proroget tempus conditionis appoſitæ in promiſſione quam emptor venditori fecerit de retrouendendo. Nunc ex Cagnolo ipſo contra pragmaticos noſtros diſputandum nobis eſt, qui magiſtri errorem dilatant quantum poſſunt, vt faciant ampliorem. Nam † ſi is qui fundum à te emerat ſub pacto de retrouendendo, ſi intra biennium ſibi pretium reſtitueretur, ante finitum biennium prorogauerit tempus conditionis, tibique pro biennio triennium indulſerit liberaliter, nulláque alia de cauſa quàm vt beneficium in te conferret, non deſunt ex pragmaticis noſtris, qui putent perinde permittẽdum eſſe Principi vt tempus iam prorogatum rurſus proroget, atque ſi nulladum prorogatio præceſſiſſet. Quam in ſententiam ex eo tantùm mouetur quòd vtroque caſu par ſit ſupremi Principis poteſtas, nec magno incommodo afficiatur emptor contra quem eiuſmodi prorogatio in alium ſaltem annum indulgetur. Contra quos, † ſi pro me vel vnus Cagnolus certare velit, is non tantùm autoritate, ſed etiam ratione ſtatim vicerit. Nam & cùm quæſtionem ipſam proponit, an Principi liceat huiuſmodi tempus prorogare, ne nimis abſurdam quæſtionem mouere videatur, quam nemo antcà mouerat, non de longiori tempore quærere auſus eſt, quàm quòd ſit duorum vel trium menſium. Sic enim quæſtionem concipit ad *l. 2. C. de pact. inter emptor. & vendit. quæſtion.* 34. An Princeps redimendi tempus prorogare poſſit per duos aut tres menſes: vt appareret nec dubitare illum quin ſi in annum prorogare princeps vellet, id ei licere non deberet. Quod apertiùs ſignificat in ſequentibus, cùm quærit, An fieri poſſit ea prorogatio poſt iam

elapſum

elapſum tempus intra quod debuerat conditio impleri, pretiúmque reſti-
tui ad retrouenditionem poſtulandam: negat autem poſſe, niſi,inquit, ma-
gnam & inſignem cladem fortunis venditoris contigiſſe probetur, quæ fe-
cerit ne tam citò & intra præſcriptum tempus potuerit parére conditioni:
quo caſu vult quidem ei ſubueniendum eſſe commiſerationis potiùs quàm
iuris aliqua ratione: ſed ita tamen vt prorogatio illà non niſi ſex ad ſummũ
ſit menſium:ita innuens nullo caſu ſe admittere, vt prorogatio ſit anni v-
nius,ne tum quidem cùm ab emptore ipſo nulla prorogatio facta eſt. Quis
ergo ferat vt prorogatio per Principem fiat in annum, ſi iam conuentiona-
lis alia prorogatio anni vnius, aut fortaſſis etiam biennij præceſſerat? Præ-
ſertim verò ſi præcedentem illam prorogationem ignorauit Princeps eo
tempore quo nouam indulſit, calliditate ſcilicet impetrantis, qui nullam in
precibus mentionem fecerit prorogationis illius cõuentionalis, vt Principis
religionem circumueniret,tantóque faciliùs iniquam prorogationem alte-
ram extorqueret. Neque enim negari poteſt quin ex tacita illa veritate ob-
reptum fuerit Principi, qui ſi rem geſtam, & liberalem emptoris vrbanitatẽ
ſciuiſſet,vtique non tam facilè in eius iniuriam, nouum iniuſtúmque benefi-
ciũ venditori cõceſſiſſet.Nam quod pragmaticos iam replicare audio, nõ eo
minùs licere Principi ſaltẽ de plenitudine poteſtatis,vt loquuntur, proroga-
tionem aliam dare inuito etiam emptore, quòd iam vna præceſſerit ab ipſo
emptore liberaliter data,prorſus ad rem nõ pertinet. Ita enim eſto: quod ta-
men mox negaturi ſumus. Nihilominus vitium obreptionis ſubeſt, quoties
tacitũ illud eſt,quod ſi expreſſum fuiſſet difficiliorẽ potuit reddere impetra-
tionem,licèt æquè fuerit tãdem Princeps conceſſurus,dum æquè facilè. Ne-
mo autem dixerit, non difficiliorem eſſe debere Principem in ſecunda pro-
rogatione indulgenda,maximè verò inuito emptore, quàm ſi nullam dum
emptor liberaliter cõceſſiſſet,Nam & Cagnolus † ipſe fatetur ita ſolitum hac 3
in re obſeruari à Principe quoties huiuſmodi prorogatio poſtulatur, vt ante
omnia Princeps ad emptorem ſcribat, rogétque vt liberaliter & humaniter
petitam prorogationem indulgeat, vt ſi fieri poterit nihil niſi volente &
conſentiente emptore decernatur, ſin preces iuſſáue Principis vſque adeò
emptor negligat, vt de iure ſuo nihil omnino velit remittere, tum demum
quaſi in pœnam pertinacioris contumaciæ Princeps autoritatem ſuam inter-
ponat. Qui ſanè multò ciuilior eſt prorogationis à Principe concedendæ
modus,quàm ſi rectà,& inaudito emptore venditori faueretur. Nàm quem-
admodum eſſet iniurioſius ignoranti quàm pertinaci emptori damnum in-
fligere, ita vix de alio quàm de ſe queri emptor poteſt qui à Principe ſuo
rogatus,cui omnia debear,noluerit ei complacere,vt Cagnolus loquitur, nec
eas tamen rationes æquitatis adferre potuerit, quæ Principem mouere de-
buerint,ne cõcedere eiuſmodi prorogationem. At ſi emptor ad Principis li-
teras reſcriberet, ſemel iam à ſe prorogatum liberaliter tempus conditionis
conuentionalis,nec per vnum aut alterum diem vel menſem, ſed annum vel
biennium,eáque de cauſa ſupplex peteret à Principe, ne quam ſibi alterius
prorogationis indulgẽdæ neceſſitatem imperaret,credibile eſt bonum Prin-
cipem non tam facilè iuſſurum emptori vt iterum proroget, nec proin-
de reluctãte eo prorogaturũ. Nã etſi in pacto † ipſo de retrouẽdẽdo intra cer- 4
ta tẽpora cõueniſſet,vt tẽpus illud vẽditori prorogare emptor cogeretur,nõ
ad aliud teneri emptor poſſet,quã vt ſemel nõ etiã vt bis, aut ſæpius proro-

garet. Verſ(i)catur enim promiſſio, vt noſtri loquuntur, in primo actu, quod in propoſito *De prorogatione*, nominatim tradit Andr. Tiraq. ad *l. boues. §. hoc ſermone de verb. ſigni'c.* Cur non ergo vnica prorogatione contentus eſſe cogatur venditor aut venditoris heres quiſquis ille ſit, cui nulla prorſus ex contractu debebatur? An emptoris vrbanitas ei nocere debebit, vt ob id ſolum quòd prorogationem vnam libenter & liberaliter indulſerit, aliam quoque concedere debeat, aut æquo animo ferre, vt ſe ignorante aut inuito à Principe concedatur? Itaque, vt iam dixi, pro nobis contra pragmaticos pugnabit haud dubiè Cagnolus ſi in auxilium aduocetur. Sed adſit ille, ſi volet, ſuis pragmaticis: Auſim ego dicere, etiamſi maximè verum eſſet quod Cagnolus induxit vt huiuſmodi prorogatio reſcripto Principis concedi queat, non tamen ſimiliter illud admittendum fore, vt tempus iam ab emptore prorogatum iterum à Principe prorogari poſſit: non illa ſolùm ratione quam attigi, quòd non debeat Princeps duriorem facere emptoris conditionem in prorogandi temporis neceſſitate ipſi imponenda, quàm ſi expreſſa conuentione eſſet emptor ad id obligatus: quo caſu vnica prorogatione, vt diximus,

5 promiſſioni abundè ſatisfeciſſet. Verùm etiam, quia † plus iuris aut æquitatis præ ſe ferre videtur prorogatio temporis, quod in ipſa vẽditione adhibitum ſit, quàm eius quod iam ſemel fuerit prorogatum: quoniam tempus illud de quo conuenit inter cõtrahẽtes in ipſo cõtractu pars quædam pretij & cõtractus eſt, nec minùs ex parte venditoris, quàm ex parte emptoris, ideóque quandiu tempus durat, neque omnino elapſum eſt, poteſt venditor aut eius heres dicere ſe nõ alia lege fuiſſe alienaturum, quàm ſub pacto de retrouendendo, & conſequenter petere vt ſibi ſaluum ſit, & integrum. Quamquam non aliud hæc ratio concludit, niſi vt intra conſtituta tempora redimendi ius venditori eripi nõ debeat, nõ etiam vt poſt ea tempora idem iuris habere illum oporteat inuito emptore, qui ſimiliter dicere poteſt non aliter ſe empturũ fuiſſe quàm ſi præſcripto illo tempore, ius redimendi, quod venditor ſibi exceperat, reſtrictum fuiſſet. At cùm eius temporis in conuentionem deducti prorogatio iam vna facta eſt, & quidem vltrò & liberalitate emptoris, nullus omnino ex parte venditoris ſubeſt color petendæ prorogationis, quia tempus hoc de quo nũc prorogando agitur, nõ illud eſt quod dici poſſit vnquã fuiſſe pars pretij aut contractus, ſed tempus aliud & nouum quia prorogatum: de quo nec à cõtrahẽtibus fuerat contractus tempore cogitatum, imò verò, quod alterius temporis expreſſione omnino fuerat excluſum. Qui enim paciſcitur de retrouendendo ſub ea cõditione, ſi intra Calendas Quintiles pretium reſtituetur, hoc ipſo certè paciſcitur ne poſt Quintiles retrouendere teneatur, ne quidẽ intra Sextiles. Tãtum abeſt, vt quo longior eſt dilatio quæ confertur in Calendas Sextiles quàm quæ in Quintiles, eo pluris vel minoris venditor vendidiſſe, aut emptor comparaſſe dici poſſit. Neque eſt quod quis dicat tempus prorogatũ vnũ & idem tempus eſſe videri cũ priore, *l. ſed ſi manente §. D. de precar.* Nam, vt iã ex Tiraquello monuimus alio huius Decadis loco, non p(r)opriè id dicitur & verè, ſed fictè & abuſiuè, quandoquidem aliud tempus eſt quod prorogatur, quàm quod ab initio præſcriptũ fuit. Neq; verò Pomponius in *d. l. ſi manente* ſic loquitur, vt dicat idẽ tempus eſſe, quod vtiq; nõ modò abſurdũ eſſet, verùm etiam impoſſibile,

6 ſed idem precariũ eandémque cauſam precarij. Et ſanè † impropriè loquitur quiſquis dicit tempus prorogari. Non enim tempus, ſed actus ipſe qui

intra

intra certum tempus fieri debuit, in longius tempus prorogatur. Sed etſi idē tempus dici poſſet fictitiè & abſolutè, quomodo loquitur Tiraquellus, nihilo magis tamen fieri poſſet vt ea prorogatio aliam admitteret prorogationem, quia non poteſt vna fictio aliam recipere actionem, quandoquidem fictio ipſa cùm nihil ſit, nequit eſſe ſubiectum accidentis. Ergo cùm non alio colore prorogationē ex reſcripto Principis admitti velint pragmatici, quàm quia tempus prorogatum pro eodem tempore habeant, quod primum fuerat præſtitutum, conſequens vt fateri eos neceſſe ſit, id tempus quod iam prorogatum ſit, vt loquuntur, iterum prorogari nullo modo poſſe, maximè verò ignorante eo, qui iam ſemel prorogauerit, idque, vt diximus, liberaliter, & ſine vlla noua cauſa. Nihil enim iuris habere poteſt venditor ratione temporis prorogati, niſi quantum voluit is ipſe qui prorogauit, cúmque in eo tempore, de quo in ipſa venditione conuenerat vtriuſque contrahentium voluntas ſpectanda ſit, quoniam in eo præſcribendo vtriuſque conſenſus interuenit, in hoc tamen quod prorogatum eſt, ſolam prorogantis voluntatem intueri poſſumus, ex cuius ſola profectum eſt liberalitate. Quis enim ferat vt in re mea ſit alius me ipſo liberior? Fateor donationis largiſſimam recipere interpretationem aduerſus donatorem: ſed id tamen ita intelligendum eſſe conſtat, ſi modò nihil fiat contra donatoris voluntatem, & contrà quàm verbis donationis diſertè expreſſum ſit. Neque enim eum qui non niſi centum donauerit, ducenta debere quiſquam dixerit. Cur ergo eum qui redimendi ius in annum prorogauerit liberaliter, & animo donandi, obligatum dicemus vt nouam in longius tempus prorogationem etiam ab alio fieri inuitus patiatur? Sed & vulgaris † noſtrorum traditio eſt, actus merè voluntarios nunquam extendi, ne quidem per interpretationem, niſi quatenus infertur ex neceſſitate. Quid autem magis voluntarium quàm quod ex mera liberalitate fit, & animo donandi? Igitur nulla ratio reddi poteſt cur emptor, qui vt in venditorem eſſet munificus, prorogauit in Calendas vſque Sextiles ius redimendi quod intra Quintiles exerceri ex mutua conuentione debuerat nouam prorogationem inuitus facere, aut ab alio factam pati cogatur. Non enim ea ſecunda prorogatio inferri vllo modo poteſt ex neceſſitate præcedentis, ſed tota quanta eſt, & ſiue iuſta, ſiue iniuſta, pendet ex voluntate ſecundi prorogantis. Neque eſt quod quis dicat, huiuſmodi prorogationes tum etiam cùm liberaliter & gratis ab emptoribus fiunt, eam vt plurimùm habere cauſam ſolere, ne venditor tam citò redimat, qui fortè eo ipſo die alioqui redempturus erat, pecuniam habens in numerato: atque ita non eſſe id accepto ferendum meræ liberalitati emptoris, qui ex prorogatione lucrum fructuum ſperauerit, & ſibi compararit. Nam præter id quod è contrario fieri etiam poteſt vt mera fuerit emptoris liberalitas, non habente venditore vnde pecuniam explicaret ad offerendum venditori intra tempus præfixum, dico, tum etiam cùm proximæ redemptionis metu prorogatio ab emptore facta eſt, non eo minùs prorogationem prorſus volūtariam cenſeri debere, vt defendit Carolus Molinæus in Conſuet. Pariſ. tit. 1. §. 23. quæſtione 14. numero 47. vbi & ex hac ratione infert, Si ex cauſa huiuſmodi prorogationis ſecuta ſit retrouenditio, deberi noua laudimia à venditore qui ex retrouenditione nouus emptor ſit, nouúſque dominus, qui tamen nulla deberet ſi ex vi & poteſtate pacti de retrouendendo in ipſa venditione adhibiti, id eſt, ſi intra tempora eo pa-

cto præſtituta retrouenditio facta fuiſſet. Etſi enim omni caſu retrouenditio noua alienatio eſt,nouámque dominij tranſlationem inducit,ex qua lau-
8 dimij præſtandi obligatio naſci ſolet, tamen cùm fit †in conſequentiam pactionis in vendendo interpoſitæ, nulla parit laudimia, quaſi pars tantùm & executio quædam ſit prioris contractus, pro quo iam ſemel laudimium ſolutum fuit, quod non perinde dici poteſt, cùm retrouenditio ſecuta eſt ex cauſa factæ prorogationis. Nouus enim contractus re vera ille eſt,qui à priore illo cuius tempora breuiora fuerunt, nullam dependentiam, vt ita loquar, habet, ſi non priore illo contractu id expreſſim actum erat, vt emptor ius redimendi in longius aliquod tempus prorogare teneretur: quemadmodum ſupradicto loco Molinæus tractat. Cui non diſſimile illud eſt,
9 quod vulgò interpretibus noſtris placere video, & rectè, ſi † compromiſſum factum ſit vt fieri neceſſe eſt in diem & ſub pœna dato prætereà fideiuſſore, nec intra illam diem pronuntiauerit arbiter, ſed compromiſſi prorogatio in longius tempus facta ſit mutua contrahentium voluntate, inſcio tamen & abſente fideiuſſore, non poſſe pœnam prioris compromiſſi à fideiuſſore exigi ſi fortè is qui fideiuſſorem dederat ſentētiæ arbitri ſtare nolit, quia non pro hoc compromiſſo quod per prorogationem nouum aliúdque factum eſſe intelligitur, fideiuſſor acceptus fuerat, ſed pro primo illo quod finito tempore intra quod ſententia ferri debuerat finitum etiam fuit, cùm non alia de cauſa tempus certum præfixúmque compromiſſo adiectum fuiſſe videri poſſit, quàm vt iis veluti finibus obligatio compromiſſi tam principalis quàm acceſſoria terminaretur & limitaretur. Sed etſi is
10 qui in triennium † conduxerat fundum,& cōductionis fideiuſſorem dederat, poſteà impetrauerit à locatore vt conductionis tempus ſibi in longius tempus prorogaretur, non dubitant interpretes quin pro penſionibus temporis prorogati fideiuſſor nullomodo teneatur ſi prorogationi non expreſſim conſenſerit, quia hoc etiam caſu tempus conductioni inſertum fuerat limitandæ & finiendæ obligationis gratia, ideóque non debet ignoranti fideiuſſori nocere prorogatio inter alios facta,quæ tempus immutando, ſubſtantiam quoque obligationis quæ ex ipſo partim tempore æſtimabatur immutaſſe, aliúmque contractum feciſſe credenda eſt. Sic enim ex communi aliorum ſententia diſputat Dydacus Couarr. in *init.1.part. relect.cap. quamuis pactum de pact. in 6. num. 6. per tot.* diſtinguens hoc vnum duntaxat, an tempus inſertum obligationi pro qua fideiuſſor interuenit adiectum ſit ad finiendam & limitandam obligationem, vt in ſuperioribus duobus caſibus, an ad ſolutionem tantùm & exactionem differendam: quod euenit cùm quis ſe hoc aut illo anno ſoluturum promiſit: in eámque rem fideiuſſorem
11 dedit. Quo demùm caſu † admittit ille, & verum eſt, perinde obligatum manere fideiuſſorem poſt factam,ſe licèt inſcio, prorogationem, atque ſi prorogationi conſenſiſſet, nimirum quia prorogatio hæc ei prodeſt potiùs quàm nocet, cùm non alium effectum habeat, niſi vt debiti exactio quæ ſtatim fieri poterat, in longius tempus differatur. Neque enim videri poteſt obligari, aut obligatus manere fideiuſſor ob id tantùm quod prorogatio iſta facta ſit, ſed quia prior obligatio pro qua interceſſit adhuc ſubſiſtit, ſubſiſtérque etiam poſt finitum tempus prorogationis, quandiu per ſolutionem aut quem alium legitimum modum non fuerit diſſoluta. In propoſita verò quæſtione,cùm fundus † vēditus eſt ſubiecto pacto *De retrouen-*

retrouendendo ſub ea conditione, Si intra biennium pretium reſtituetur, cer-
tiſſimum eſt quod nos ſæpiùs repetere coacti ſumus, non aliam ob cauſam
tempus certum huic conditioni adiectum eſſe, quàm vt eo tempore finire-
tur, non quidem obligatio ipſa, quæ ex promiſſione conditionali ante con-
ditionis euentum prorſus nulla eſt, ſed conditio obligationis, ne qua poſt
id tempus futuræ obligationis ſpes aut præteritæ ſtipulationis memoria ſu-
pereſſet non magis quàm ſi nulla vnquam interpoſita fuiſſet. Inde igitur fie-
ri fatendum eſt, admiſſo etiam eo, quod nos prorſus impoſſibile eſſe conten-
dimus, vt non entis, id eſt conditionis prorogatio aliqua fieri poſſit in lon-
gius tempus, ſi ea prorogatio facta ſit à contrahentibus ipſis (quo caſu in-
nouata & immutata potiùs quàm prorogata conditio dici, meo iudicio, de-
beret.) Nouum contractum eſſe, nouámque promiſſionem illam, quæ per e-
iuſmodi prorogationem inducitur, ideóque nullam omnino videri debet
habere dependentiam à primo illo pacto de retrouendendo, quod mutuo
contrahentium conſenſu initum fuerat, cùm poſterius hoc merè gratuitum
ſit, & ex mera prorogantis emptoris liberalitate profectum. Proinde nec fie-
ri poteſt, vt tempus prorogationis re vera ſit id ipſum tempus, quod priore
pacto continebatur, nec conſequenter eo colore admitti prorogatio facta per
Principem, quaſi non ſit tam inhumaniter agendum cum venditore, vt tam
facilè & ex ſolo lapſu temporis conuenti, priuandus ſit commodo pacti De
retrouendendo, ſine quo non fuerat venditurus, nec aliud eſſe exiſtimandum
eſt, et amſi venditoris heres pupillus proponatur. Iam enim ſuprà diximus,
& probauimus pupillarem ætatem nihil hîc facere, & rationes omnes quas
proximè attulimus, vt appareat† tempus redimendi, præſertim quod iam pro- 13
rogatum ſit ab emptore, poſteà inuito eo iterum prorogari non poſſe, æquè
locum habent in pupillo atque in maiore: & æquè in herede venditoris quo-
libet, atque in ipſo venditore. Quòd ſi quis dicat, meliorem eſſe debere hac
parte conditionem pupilli aut minoris quàm aliorum, propterea quòd ea æ-
tas faciat, vt reſtitui minor debeat contra lapſum temporis tanquam ma-
ior, & ex capite iuſtæ ignorantiæ, ſecundùm eam Bartoli & interpretum tra-
ditionem, quam nos iam refutauimus, tanquam nihil interſit emptoris v-
tromodo minori venditoris heredi ſuccurratur, an per in integrum reſtitu-
tionem, an per prorogationem is proculdubio errauerit. Nam neque admit-
to poſſe pupillum reſtitui in integrum aduerſus lapſum temporis prorogati
liberaliter, tametſi admitterem quod ſemper negabo, ſententiam Bartoli in
tempore conuentionali veram eſſe: & quamuis in vtroque tempore vera eſ-
ſet, non tamen placeret argumentum à reſtitutione ad prorogationem, cùm
longè alius effectus ſit reſtitutionis, alius prorogationis. Prorogatio enim
ſi valeret, liberam daret pupillo facultatem redimendi in vltimum vſque in-
ſtans temporis prorogati, reſtitutio verò in integrum etiamſi concedenda
eſſet, non tamen eum effectum habere deberet, vt pupillo dandum eſſet ex-
inde tantum temporis ad implendam venditionem, quantum per ignoran-
tiam fruſtra tranſactum fuiſſet: alioqui eueniret, vt defuncto venditore alte-
ro poſt contractum die relicto anniculo, qui ex conuentione intra decenniũ
redimere rem debuiſſet: & impetrata per minorem reſtitutione vltimo vige-
ſimiquinti anni die, decennium adhuc penè integrum ei dari oporteret ad
implendam conditionem, petẽdámque retrouenditionem: quod quàm abſur-
dum ſit, nemo non videt. Imò etiam poſt triennium ab impleto anno vige-

Digitized by Google

ſimo quinto computandum, eam reſtitutionem adhuc competere dicendum eſſet ſi quando ex capite ignorantiæ competiiſſet, quia quadriennium illud Iuſtinianeum quod in locum anni vtilis in petẽdis reſtitutionibus ſubſtitutum eſt, *l. vlt. C. de tempor. in integr. reſtit.* licet ex poſtfacto continuum ſit, tamen ab initio vtile eſt, nec currit ignoranti, ſed tantùm ex die ſcientiæ, ſi verum eſt, quod in eam legem hac de re interpretes tractant. Neque enim ex eo quod pupillus, minórque annis vigintiquinque poſteà maior effectus ſit, conſequens eſt vt ex primo anni vigeſimiſexti die cœperit ea ſcire quæ pupillus ignorabat, ſi non probetur ſuperueniſſe ſcientia. Nam etſi iam tùm cùm venditor moreretur, qui intra decennium redimẽdi facultatem ſibi exceperat, heres hic maior fuiſſet annis vigintiquinque, tamẽ iuſtam alieni facti ignorantiam poſſet obtendere tãquam heres, *l. qui in alterius* 49. *De reg. iur.* Cùm igitur etiam poſt vigeſimũ quintum annum heres maneat, eadémque proinde ſubſit ignorãtiæ cauſa, nõ eſt quod eum pro ſciente habeamus, aut eò minùs reſtitutionem in integrum ex capite ignorantiæ ipſi denegemus. Aliáque cauſa eſt mora, vt vocant, irregularis, quæ ſolo minoris ætatis fauore & priuilegio contracta finitur cum ætate, *l. Titia Seio* 87. *§. vſuras. de leg.* 2. Hîc enim etiam poſt finitam ætatem ſupereſt qualitas heredis quę prętériti temporis ignorantiam ſemper retinet fouétque. Proinde admiſſo illo abſurdo, vt hoc caſu poſſit pupillus aliúſve minor quilibet reſtitui tanquam maior ob iuſtam ignorantiam, illud omnino conſequi neceſſe eſt, vt etiam poſt centum annos ſi tam longo tempore poſſet viuere, admitti deberet, niſi medio tempore pactum de retrouendendo ab ipſo venditore interpoſitum reſciuiſſe probaretur. Sed & eadem prorſus ratione dicendum eſſet maiori quoque dandam reſtitutionem ex eadem cauſa iuſtæ ignorantiæ quam prætendere poteſt tanquam heres, ſi quælibet ignorantia locum facere poſſet reſtitutioni, ac non potiùs ea tantùm quæ ex iuſta abſentia puta reipublicæ aut ſtudiorum cauſa induceretur *tot. tit. Ex quib. cauſ. maior.* Cæterùm vtcumque ſit, fieri non poteſt vt venditoris heres idémque pupillus reſtituatur in integrum aduerſus lapſum tẽporis conuentionalis ex cauſa ſola iuſtæ ignorantiæ quin eo ipſo ſe obliget ad pecuniam, quæ faciendæ redemptioni neceſſaria eſt, ſtatim offerendam, cùm petendo reſtitutionem ſe ius ſuum ſcire fateatur. Alioqui quòd intra dictam diem non ſoluerit, ex eo potiùs profectum videri debet quòd pecuniam non haberet ad ſoluendum, quàm quòd ius ſuum ignoraret, ſi ne quidem nunc offert cùm petit reſtitutionem. Qui enim reſtitui vult propter iuſtam ignorantiam, hoc vnum contendit ſe ex ignorantia læſum fuiſſe, quia ſi ſciuiſſet, ius ſuum exequi potuiſſet, ob ídque probare debet ſe habuiſſe otioſam pecuniam in numerato, aut ſaltem eius explicandæ rationem aliquam ad offerendum emptori, ſi ius ſuũ non ignoraſſet, vt appareat ex ſola ignorantia, non etiam ex inopia damnum contigiſſe. Multò igitur magis cogendus eſt cùm petit reſtitutionẽ vt tunc ſaltem pecuniam offerat, quàm ſi neget ſe in promptu habere, fatetur vtique hoc ipſo aduerſus nummorũ pecuniá, nõ aduerſus ignorãtiam reſtitui ſe debuiſſe. Ex quo inferri poteſt, ſi prorogationem Princeps conceſſerit ex iis cauſis quæ reſtitutionẽ pupilli ex capite ignorantiæ excludere potiùs quàm inducere deberent, tantò minùs admittendum eſſe vt ea prorogatio fiat inuito emptore. Finge petendæ prorogationis cauſam illam allegari, quòd non habuerit pupillus, nec etiamnum habeat quantum ſatis

eſt.

eſt pecuniarum ad extorquendam retrouenditionem. Non eſſet cauſa illa iuſta petendæ reſtitutionis ex capite ignorantiæ, quin potiùs excluderet beneficium reſtitutionis, quam fatentur omnes in propoſita ſpecie non ex alia quàm iuſtæ ignorantiæ cauſa etiam pupillo concedi oportere. Excludere igitur debet eadem ratione auxilium prorogationis, quæ ſi vllo vnquam caſu, illo certè vno & ſolo concedi deberet, quo reſtitutionis beneficium concedi poſſet: quamquam illud etiam verum eſt, quod iam dixi, reſtitutionis auxilium † multò fauorabilius eſſe, minúſque odioſum, quàm prorogationis, 14
quoniam reſtitutionis iudicium vt & aliud quodlibet etiã in inuitum exercetur *l. inter ſtipulantem 83. §. 1. De verb. oblig.* Prorogatio autem non fit niſi inter conſentientes, nec aliis nocet quàm qui prorogationi conſenſerunt. Vt proinde dici verè poſſit nullomodo nulloque vnquam caſu admittendas eſſe huiuſmodi prorogationes: ſiue reſtitutio competat, ſiue non. Sed & finge, Principem vt prorogationis † beneficiũ indulgeret, ex eo præcipuè mo- 15
tũ fuiſſe, quòd venditor eiúſve heres facultatibus lapſus proponeretur. Emptorem verò contra quem beneficium illud impetratum ſit, æquè miſerum & afflictum eſſe, dignúmque cuius perinde miſereri æquum ſit, quis admittat ſuccurri venditori aut heredi venditoris aduerſus emptorem? Nam nec locus eſſe poſſet hoc caſu literis illis moratoriis, quas *reſpirationis* vocãt, quæ tamen facilè & ſine cauſæ cognitione concedi ſolent, tanquam quæ vel nullius vel permodici ſint præiudicij. Rebuff. *De liter. dilat. art. 1. gloſ. 1. num. 25.* poſt Math. de Afflict. *quæſt. 377.* Finge impetratam prorogationẽ in annum vnum quod tempus longius eſſe nec Cagnolus ipſe diffitetur. Non debet valere prorogatio, ne quidem pro vno aut altero menſe, poſito etiam ita iure, vt in duos vel tres vſque menſes ea prorogatio concedi potuiſſet, exemplo eius quod dicimus, Moratorias literas ſi in decennium differant, exactionem ne quidem pro quinquennio valere, quamuis pro quinquennio tantùm impetratæ valituræ eſſent. Sic enim idem Rebuff. *dict. gloſ. 1. num. 6. arg. cap. cui de non ſacerdotali. De præb. in 6. l. ſi ſponſus, §. generaliter. de donat. inter vir. & vxor.* Finge expoſitum † fuiſſe Principi per vẽditorem eiúſve heredes 16
quod prorogati temporis redimendi nihil intereſſet emptoris, quippe qui receptis quandoque numis ſuis nullam poſſit videri paſſus iniuriam *arg. l. cùm te fundum 6. in fin. C. de pact. int. empt. & vendit.* Aperta obreptio & ſubreptio eſt. An non enim emptoris intereſt ne inſcius ignoránſque obligetur ab alio per prorogationem, quæ ſi nulla fieret nullomodo eſſet ille obligatus finito quandocumque tempore, ne quidem ſub conditione? An non etiam intereſt illius vt rem à ſe emptam ſibíque pleno iure & irreuocabiliter acquiſitam retinere poſſit, potiùs quàm datam à ſe pro pretio pecuniam recipere, ſi fortè, quod ſemper euenit longè pluris res ſit quàm quanti fuit vendita ſub pacto de retrouendendo? Cur ergo pecuniam pro re accipere cogetur præſertim ſi non ei pleniſſima indemnitas offeratur. Nam & moratoriis tantùm literis impetratis omnimodo hanc præſtari oportetet. Alioqui facile erit venditori fraudem comminiſci, & petere prorogationem eo fortaſſis tempore quo fructus nullos ſperare poſſit ex re vendita, puta hoſtibus occupata, malitque pecuniam retinere quæ neceſſaria eſſet ad redimendum, oblaturus eam poſteà cùm liberata res erit, & fructuoſa, vt totius medij temporis & fructuum & vſurarum commodum ita emptori auferat, quẽ vtique æquum eſt pro eo damno quod ſentit ex amiſſis rei fructibus omne

ſibi lucrum retinere quod ex iuſto contractu iuréque gentium ſibi quæſiue-
17 rit. Quid rurſum ſi prorogationis† conceſſio cauſam illam habeat quòd non potuerit venditor eiúſve heres exigere à ſuis debitoribus, atque inde pecunias comparare ad offerendum intra tempus præſtitutũ? Non eſt cauſa probabilis. Neque enim fraudi eſſe debet ea res emptori, cui non poteſt imputari, quòd venditori debitores inopes ſint & egeni. Multò minus, quòd non poſſint tam citò conueniri ob impetratas per eos à Principe literas moratorias, & annalis dilationis. Nam ſi iure impetratæ ſint, non habet venditor idémque creditor quod conqueratur, niſi proponas ab ipſo emptore, qui idem debitor ſit fuiſſe impetratas. Tunc enim per emptorem factum videretur, quominùs intra præfixum tempus conditio impleri per venditorem potuiſſet, ideóque proprium factum ei nocere deberet. Sin per iniuriam & ſine cauſa impetratæ dicantur, non debet iniuria quæ fit venditori emptorem contingere *l. ſi per imprudentiam* 51. §. D. *de euict.* Præſertim cùm difficultas ſoluendi nihil commune habeat cum iure obligationis, nec excuſetur debitor à mora ob non impletam conditionem quæ in dando erat, tametſi per egeſtatem ſuam dare non potuerit, quia cauſa difficultatis ad incommodum promiſſoris, non ad impedimentum ſtipulatoris pertinet, vt Venuleius loquitur in *l. continuus* 137. §. *illud*. De *verb. oblig.* Sed & ſi non tam difficultas, quàm impoſſibilitas in huiuſmodi conditione implenda verſaretur, cùm tamen ex alterius quàm emptoris facto ea impoſſibilitas proficiſceretur, non poſſet facere vt conditio haberi deberet pro impleta in præiudicium emptoris, per quem non ſtaret quominùs verè impleretur, ſiue conditio in dando conſiſteret, ſiue in faciendo. Nec aliud remedium impedito competere poteſt, quàm vt de indemnitate ſua agat aduerſus eum qui impedimentum attulit, maximè verò ſi ſit ille ſoluendo, vt tractat Bart. ad *l. in teſtamento ita*
18 *erat ſcriptum* 31. *D. de condic. & demonſt.* Quid item ſi Princeps† ipſe pecuniam debeat venditori nec velit aut commodè poſſit ſoluere? An iuſta illa cauſa erit concedendæ prorogationis? Minimè. Princeps enim quatenus priuatus priuatíque debitor eſt, cæterorum priuatorum iure vtitur, nec proprij lucri occaſionem captare ſolet ex alieno damno. Idémque dilemma locum hîc habere poteſt, quod in cæteris debitoribus venditoribus qui annalis dilationis literas impetrarint. Aut enim iuſtè fit vt Princeps differat ſolutionẽ eius quantitatis quã debet venditori, aut iniuſtè. Si iuſtè, nullam querelæ occaſionem habet venditor, nec eo magis tamen poteſt intendere prorogandum ſibi tempus redemptionis in necem emptoris, cui non æquè iuſtè ſuum ius auferri poſſit. Si iniuſtè, non debet iniuria quæ fit venditori emptorem afficere. Quid ſi Princeps ideò differat ſolutionem à ſe debitæ quantitatis quòd in cauſam belli publici erogandum ſit quicquid pecuniarum vndequaque congerere poſſit? Nam hoc caſu receptum eſt vt propter publicam vtilitatem liceat Principi de plenitudine poteſtatis dominium aufferre quod alteri etiã ex iure gentium iã quæſitũ ſit. Sed ſiue ius dicendũ illud eſt, ſiue iniuria, non debet egredi perſonã vẽditoris, de cuius iure, & patrimonio diſputatur, alioqui abibit res in infinitũ, ſi eo publicæ vtilitatis prætextu iniuria vẽditori facta ad emptoris incõmodũ trahatur, íſq; emptor habeat etiã creditores aduerſus quos idẽ auxilium poſtulet prorogationis. Quid. n. ſi creditores illi alios quoque creditores habeant? Cur feramus vt non iis æquè noceat iniuria, quæ publicæ vtilitatis cauſam pro iure habet, atq; noceret emptori, ſi à venditore

ditore progredi poſſet ad emptorem vſque? Atqui nemo dixerit debere eam rem nocere creditoribus creditorum emptoris. Ergo nec emptori ipſi nocere debebit. Quid itē ſi venditor, † qui poſtulat prorogationem, cauſetur, non 19
potuiſſe ſe tam facilè & intra redimendi tempora reperire emptorem hyperochæ, &, vt loquuntur, pluriſualentiæ, fortaſſis propter belli in eo loco graſſantis incommoda? Non eſt audiendus. Nec enim arctari debet emptor vt quærat alium qui velit hyperocham emere eius rei quam ille ſibi iam acquiſitam habeat pleno iure. Præter id quod non ſatis certi apud me iuris eſt, quod interpretibus & pragmaticis placet, ius implendæ conditionis cedi poſſe cùm omnium conditionum ea natura ſit, vt in forma, quod aiunt, ſpecifica debeant impleri. De quo tamen alibi dicemus. Quid denique ſi † venditor 20
aut venditoris heres fortaſſis etiam pupillus redimendi ius ſibi prorogari poſtulet ex ea cauſa quòd viliore pretio res vendita fuerit, atque ita futurum ſit vt grandi damno afficiatur pupillus ſiâ redimendi iure tam breuis temporis præſcriptione excludatur? Ne quidem hæc iuſta petendæ prorogationis cauſa eſt, quia licuit emptori cùm emeret decipere in pretio venditorem *l. in cauſæ* 16. *§. idem Pomponius*. D. *de minor.* nec remedium aliud vllum ſupereſt venditori læſo, niſi vt imploret beneficium *l.* 2. *C. de reſcind. vendit.* ſi vltra dimidiam iuſti pretij læſum ſe conqueratur. Quo caſu ſiue conditionis ex lege, ſiue vt vulgò pragmatici putant, in integrum reſtitutionis nomine actio illa donanda ſit, nihil cauſæ eſt cur contra tam manifeſtas iuris regulas prorogatio temporis conuentionalis ei dari debeat, cui alio commodiore & ciuiliore remedio ſuccurri poteſt. Idémque obtinet, etiamſi læſio non enormis tantùm, ſed etiam enormiſſima, vt vocant, id eſt vltra pretij beſſem interuenerit in venditione. Quod enim pragmatici poſt interpretes tradunt fieri ex hac cauſa perpetuum ius redimendi quod ex conuentione fuerat temporale, tantò magis ſuadet, ne prorogationibus iſtis locus aliquis relinqui debeat, cùm etiam poſt finitum tempus & citra prorogationem futurum ſit vt liceat venditori ſuo iure vrgere retrouenditionem. Nec in hoc caſu, id eſt cùm læſio in pretio allegatur, ad impetrandam prorogationē aut reſtitutionem in integrum aduerſus lapſum temporis conuentionalis, ſeparandus eſt pupillus à maiore. Quandoquidem placet interpretibus non eſſe illum adiuuandum, niſi tanquam maiorem: nec ad aliud ei prodeſſe pupillaritatem, niſi vt pro ignorante habeatur, ex eóque capite iuſtæ ignorantiæ reſtitui poſſit quaſi maior. Inde namque fit vt non alterius læſionis allegatio ei prodeſſe debeat, quàm quæ poſſit maiori prodeſſe, id eſt quæ ſit vltra dimidium, licèt in cæteris cauſis, hoc eſt, cùm reſtitutio imploratur ex edicto *De minoribus*, qualiſcunque læſio dum ne prorſus minima ſufficere poſſit ad inducēdam reſtitutionem *l. nam poſteaquam* 9. *§. ſi minor.* D. *de iureiur. & paſſ. tot. tit. De minor.* Ex iis igitur quæ toto hoc capite tam multa diximus, concludere licet, ni fallimur, nullam ſatis iuſtam cauſam excogitari poſſe ob quā permittendum ſit venditori aut eius heredi quiſquis ille ſit, impetrare à Principe, vt redimendi ius quod iuſta conuentione intra certum præfixúmque tempus exerceri debuit, in longiorem diem prorogetur.

ERROR NONVS.

Si tutoribus pupilli ius redimendi habentis denuntiatum ab emptore intra tempora petenda retrouenditionis.

SVMMARIA.

1. *Exceptio qua ab interpretibus & pragmaticis aſſertur ad propoſitionem quam inuexere, Reſtitui poteſt pupillus ſiue minor aduerſus lapſum temporis conuentionalis non tanquam pupillus, ſed tanquam maior.*
2. *Bartoli diſtinctio communiter probata.*
3. *Exceptio interpp. quàm improbabilis.*
4. *Vera ſententia l. Aemilius. 35. de minor. aduerſus Bartol. & alios defenſa.*
5. *Expenditur ratio Pauli ICti in d. l. Aemilius.*
6. *Minor non reſtituitur aduerſus lapſum temporis legalis aut municipalis, cùm de retractu agitur.*
7. *Nec reſtituendus eſt aduerſus lapſum temporis conuentionalis.*
8. *Paponij ſententia de reſtitutione pupilli aduerſus retractum conuentionalem expoſita.*
9. *Quando pupillus reſtituatur aduerſus lapſum temporis conuentionalis.*
10. *Non poteſt reſtitui pupillus aduerſus lapſa redimendi tempora, ſi pactum de retrouendendo à patre initum ſit & nu. 14.*
11. *Ampliatio concluſionis, quæ pupillo denegat beneficium reſtitutionis.*
12. *In acquirendis tutor poteſt præiudicare pupillis, ſicut & prælatus Eccleſiæ.*
13. *Si cenſuarius ſit pupillus etiam omnino indefenſus, nihilominus poteſt aduerſus ipſum fieri executio.*

VLGARES interpretes & pragmatici qui Bartolum ducem ſecuti, vt iam diximus, volunt reſtitui poſſe pupillum, aliúmue minorem quemlibet aduerſus lapſum temporis conuentionalis non tanquam pupillum, ſed quaſi maiorem, ſolet ſubiicere
1 exceptionem, † ſi modò nihil prorſus cum eo geſtum ſit: Alioqui ſi vel minimum quid geſtum proponatur, clamant omnes fieri locum reſtitutioni ex edicto *De minoribus*. In eámque ſententiam potiſſimùm mouetur ex Pauli reſpōſo illo de quo tam multa iam ſcripſimus in ſuperioribus in *l. Aemilius*. 8. D. *de minor.* vbi Iurec. quamuis neget debuiſſe pupillam ab Imperatore reſtitui, propterea quòd pater eius non ipſa contraxerat, innuit tamen potuiſſe Imperatorem non improbabiliter moueri ad concedendam reſtitutionem ex eo, quòd tutoribus pupillæ in pretij ſolutione ceſſantibus emptor denuntiauerat vt ſoluerent, ideóque cum pupilla ipſa aliquid geſſiſſe videbatur. Eſtque id conſequens ei quod ſuprà docuimus non poſſe in propoſita ſpecie tractari de in integrum reſtitutione ex edicto *De minoribus*, quia edictum ad ea tantùm reſcindenda pertinet, quæ geſta ſunt cum minore, nihil autem geſtum dici poteſt cum herede venditoris, ſiue pupillus, ſiue alius heres ille ſit, licèt redimendi tempus inciderit in ætatem pupillarem. Inde ſiquidem videtur inferri poſſe à contrario ſenſu, ſi quid igitur cum pupillo vel alio minore geſtum ſit, dandam eſſe ex minoris
2 ætatis cauſa in integrum reſtitutionem. Hinc illa Bartoli † diſtinctio ad *d. l. Aemilius* communiter probata, vtrum denunciatio illa tutori facta ſit ad pupillum interpellandum, & in mora conſtituendum, an verò iure proteſtationis, vt vocat, certificatoriæ, vt priore caſu noceat emptori denunciatio, proſítque pupillo ad obtinendam reſtitutionem, poſteriore verò non noceat emptori, ſed proſit potiùs, ad hoc ne pupillus quandoque poſſit dicere
3 ignoratum à ſe fuiſſe id quod tutor ſuus ſciuerit. Mihi verò traditio † hæc

probari

probari nullomodo poteſt, non enim ſi quid geſtum ſit cum minore, facere poteſt vt minori concedenda ſit in integrum reſtitutio niſi hactenus vt id ipſum duntaxat reſcindatur, quod geſtum eſt, nec præterea quicquam: vt quod in noſtrorum brocardico eſt, Limitata cauſa limitatum producat effectum. Cur enim prætextu minimi fortaſſe negotij quod cum pupillo geſtum ſit, patiamur reſtitui pupillum aduerſus illa etiam, quæ non pupillus ipſe, ſed pater eius geſſerit? Itaque ſi ponas interpellatos fuiſſe ab emptore tutores pupilli vt in mora pupillus conſtitueretur, fatebor equidem poſſe reſtitui pupillum aduerſus eam moram contractam per interpellationem ſi quid ex ea iuris ſibi adrogare emptor velit: quia verum eſt hac parte aliquid geſtum eſſe cum pupillo, ſed non feram vt eo magis reſtituendum dicas pupillum aduerſus lapſum temporis in eam conuentionem deducti, quam pater fecerat, & qua continebatur vt ſi intra biennium reſtitueret pretium venditionis, fundus ſibi ab emptore retrouenderetur: quoniam interpellatio illa facere nequit, vt conuentio hæc cum pupillo inita eſſe videatur. Cum igitur neque interpellatio, neque mora vlla neceſſaria ſit ad hoc vt redimendi ius quod non niſi conditionale, & temporale fuit, intercidat, ſolúſque temporis lapſus in hanc rem ſufficiat, dico reſciſſa etiam interpellatione, ſaluam tamen ſupereſſe conuentionem cum pupilli patre initam, quæ facere debeat vt pupillus nulla ratione reſtitui poſſit, neque tanquam pupillus, neque tanquam maior, ſicut nec pater eius ſi viueret reſtitui vnquam poſſet. Exemplo eius quòd licèt in diſſimili ſpecie Iulianus ſcribit in *l. cum is 32. §. mulier. de condict. indeb.* mulierem quæ in ea opinione ſit vt credat ſe pro dote obligatam, ſi quid dotis nomine dederit, repetere non poſſe, *quia*, inquit, *ſublata falſa opinione relinquitur pietatis cauſa ex qua ſolutum repeti nō poteſt.* Sic enim & in propoſita quæſtione dici poteſt, ſublato per in integrum reſtitutionem omni eo quod geſtum eſt cum minore, ſupereſſe conuentionem factam à maiore contra quam nullus ſubſit color dandæ reſtitutionis. Reſcinde enim quantum voles interpellationem quæ pupilli tutoribus facta fuit ab emptore: Numquam tamen aſſequeris vt peior eſſe debeat conditio emptoris quàm ſi nulla interpellatio facta eſſet: quo caſu haud dubiè conditionis implendæ tempus pupillo cucurriſſet, & quidem cum effectu ac ſine ſpe reſtitutionis, non quaſi mora per lapſum temporis contracta, quemadmodum vulgò creditur, (quia, vt ſuo loco diſputauimus, non poteſt mora contrahi ſine obligatione *l. ſi pupillus 127. De verb. obligat.* obligatio autem hîc nulla eſt offerendæ pecuniæ ex parte venditoris, cum nihil omnino emptori debeat, neque purè, neque in diem, neque ſub conditione) ſed propter defectam conditionem, quæ poſt elapſa tempora intra quæ oblatio poſita in conditione fieri debuerat, impleri amplius numquam poteſt. Itaque denegabimus pupillo beneficium reſtitutionis non quaſi interpellato & in mora conſtituto, ſed tanquam ei qui citra interpellationem & moram ſolo lapſu temporis excluſus ſit à iure redimendi ex verbis & ſententia conuentionis factæ inter maiores. Neque verò alia † Pauli ſententia eſt in *d. l. Aemilius.* Nam quod 4. ait de repetitis denunciationibus per emptorem factis ad extorquendam ſolutionem, non eò pertinet, vt ob eam cauſam faciliùs reſtitui pupillum debere exiſtimet, ſed vt habent verba ipſa legis, quòd venditor denuntiando poſt diem quo placuerat eſſe commiſſum, & pretium petendo, receſſiſſe à lege ſua videretur. Id enim generaliter verum eſt in tractatu *De lege commiſ-*

ſoria, vt poſt diem commiſſoriæ legi præſtitutum ſi venditor pretium petat legi commiſſoriæ renunciaſſe videatur, nec poſteà variare & ad hanc redire poſſit *l. poſt diem 7. & §. vlt. leg. præced. De leg. commiſſ. l. commiſſoria 4. C. de pact. int. empt. & vendit.* Et certè magna valdéque efficax hæc ratio eſt, & ad quam vix ſcio quid pro emptore reſponderi commodè poſſit. Etſi enim conſtat, ita demum nocere venditori quòd poſt diem pretium petat, ſi pretium ſoluere emptor velit, non etiam ſi in mora perſeueret: tamen cùm ea mora non niſi per tutores contracta eſſet, quibus denunciatum fuerat vt ſoluerent, quique poſtmodum ſuſpecti pronunciati erant, præbebat ea res materiam in integrum reſtitutionis, ne ſublata extinctáque per denunciationes illas poſt diem factas legis commiſſoriæ poteſtate, damnum pupilla ſentiat ex facto tutorum magis quàm ex facto patris, qui contraxerat. Neque eſt quod poſt Bartolum quis dicat, non potuiſſe denunciationes illas venditori nocere tanquam factas extra iudicium & ante litem conteſtatam. Nam cùm lex commiſſoria proculdubio ſit odioſa, vt & aliæ pactiones omnes quæ bonæ fidei contractum iam perfectum reſoluunt ipſo iure, non eſt dubitandum quin ei renunciaſſe videri debeat venditor, ſibique variandi facultatem ademiſſe ex quo pretium petiit, licèt extra iudicium, & ante litem conteſtatam, quia hoc ipſo ſatis voluntatem ſuam declarauit, ſi modò tunc ſaltem cùm de illo quæritur, an poſſit variare, offerat emptor pretium, nec diutiùs cunctetur. Abſurdum namque fuerit eam pro emptore interpretationem capere, quæ tueatur venditionem cui etiamnum parere emptor nolit. Ex qua ratione apparet, quod ab Imperat. decretum eſt in *d. l. Aemilius*, dandam pupillæ reſtitutionem ſic accipi oportere, ſi pupilla ſtatim offerat pretium emptionis, nec aliud tempus ei dandum eſſe intra quod ſoluat, cùm iam prætererit dies intra quem ſolui omnino debuerat, ſi venditor à lege ſua non

5 receſſiſſet. Neque tamen ratio † iſta Paulo probari poteſt, ideò fortaſſe (neque enim aperit quid ad eam reſponderi poſſit) quod in tutorum poteſtate fuerit, quandiu ſuſpecti pronunciati non fuerunt, deteriorem facere conditionem pupillæ in acquirendis, licèt non ſimiliter in acquiſitis, vt tractat Molin. in *conſuet. Pariſ. §. 13. gloſ. 2. num. 2.* In acquirendorum autem numero hoc ius eſt, quod emptori poſt commiſſam venditionis legem ex pretij petitione acquiritur, vt à lege commiſſoria receſſum eſſe videatur. Tunc enim per huiuſmodi petitionem ius acquiritur emptori cùm ſatisfacere venditioni, pretiúmque ſtatim ſoluere emptor paratus eſt, aut is qui emptoris perſonam ſubſtinet. qualis tutor eſt, ex cuius perſona ſicuti lucrum ſentire vult pupillus ob denunciationes ipſi tutori factas, ita factum & contumaciam eius præſtare debet, aut potiùs ſibi imputare, vt mora quæ per tutorem in ſoluendo contracta eſt, per ipſum pupillum contracta exiſtimetur. Fieri enim nequit vt eundem actum, qui cum tutore geſtus ſit pupillus pro parte probet, pro parte improbet, ſed aut in totum agnoſcere debet, aut à toto recedere *l. cùm quæritur 16. D. de adminiſtr. tutor.* Præſertim cùm in hac ſpecie ius venditoris aut eius qui à venditore ſecundus emerat, non ex tutoris facto & contumacia proficiſceretur, ſed ex conuentione facta inter maiores. Illa namque tutoris in ſoluendo negligentia, & contumacia non ad fundandam venditoris intentionem alleganda eſt, ſed potiùs ad fundandam replicationem, elidendámque exceptionem illam *ſi non à lege commiſſoria venditor petendo pretium receſſiſſet.* Itaque ſublata per iuſtam replicationem exceptione, quæ ex ven-

ditoris facto poterat obiici aduerſus conuentionem, quam pupillæ pater
fecerat, ſola remanet conuentio, quæ haud dubiè ſi rectam verámque
iuris rationem & æquitatem reſpicias, periculo reſtitutionis obnoxia eſſe
non poteſt: quemadmodum dicimus iudicium bonæ fidei quòd per exce-
ptionem pacti deſtruebatur, reſtitui per doli replicationem per quam exce-
ptio ipſa perimatur *l.3. C. de except.* Sublata enim exceptione per replicatio-
nem, ſola ſupereſt actio qualis primùm & ſui natura fuit, & conſequenter
bonæ fidei ſi talis antea erat, vt explicauimus *lib. 4. Coniectur. cap. 18. & 19.*
Cæterũ, ratio illa vel potiùs dubitatio Iureconſulti *quod venditor denuncian-
do poſt diem, quo placuerat eſſe commiſſum, & pretium petẽdo à lege ſua receſſiſſe
videretur*, oſtendit manifeſtè non eandem dubitandi rationem futu-
ram Paulo fuiſſe ſi ante diem commiſſoriæ legi præſtitutum denun-
tiationes illæ centies factæ fuiſſent, etiamſi ad tutores interpellandos
pupillúmque in mora conſtituendum. Quid enim poſſis imputare vendito-
ri, quaſi negotium aliquod cum pupillo gerere velit, ob id ſolùm quòd tuto-
ribus denunciauerit, vt ſatisfacerent conuentioni iam factæ cum maiore? Fa-
teor non fuiſſe neceſſariam denunciationem ad hoc vt legi commiſſoriæ lo-
cus fieri poſſet, cùm totam vim ſuam & poteſtatem capiat ex venditione,
quę facta fuit inter maiores, neque ad reſoluendam ipſo iure venditionem
ob pretium non ſolutum mortuo intra diem emptore neceſſarium eſt pu-
pillo tutorem dari vt per denunciationem tutori faciendam poſſit pupillus
ſcire ea quę geſta ſunt cũ minore, quia nec illud neceſſe eſt vt pupillus ſciat,
imò ne quidem vt pupillus aliúſue vllus heres ſit emptori, qui ſub lege com-
miſſoria contraxit, quemadmodum in ſuperioribus à nobis diſputatum eſt.
Sed tamen ſi denunciatio ad abundantem, vt loquuntur, cautelam facta ſit ne
pupillus ignorantiam ſuam, licèt fruſtrà & iniuſtè poſſet quandoque
prætendere, dico non debere id nocere venditori, vt ob eam duntaxat cau-
ſam reſtitui pupillus poſſit tanquam pupillus, quòd deſinat poſſe reſtitui tan-
quam maior, cùm non aliam cauſam adferre interpretes poſſint, cur eum
reſtituendum putent tanquam maiorem, quàm quòd non poſſit reſtitui tam
quam pupillus. Denique hoc contendo, nullo prorſus caſu fieri poſſe vt pu-
pillus ſiue tanquam pupillus, ſiue tanquam maior in integrum reſtitui de-
beat aduerſus lapſum temporis conuentionalis intra quod agi potuerat ex
pacto ad retrouendendum. Nam neque reſtituendus † vllomodo eſſet aduer- 6
ſus lapſum temporis legalis aut municipalis ſi de retractu legali aut muni-
cipali ageretur, vt pragmatici Galli atteſtantur, pręſertim Molinęus *ſupra d.
§.13. gloſ.2. num. 3.* Lucius in Placitis, Cur. Pariſ. *Tit. De gẽtilit. redhib.* Ioannes
Paponius in ſyntagmate *eod. tit.* Et ratio punctualis, quomodo Molinęus lo-
quitur, & quam ille ſupradicto loco adfert, illa eſt quòd facultas retrahen-
di non fuit adinuenta, nec conceſſa per legem aut conſuetudinem, niſi ad li-
mites modi & temporis in ea expreſſi. Vnde hi limites pariter reſpiciunt, &
afficiunt minores & abſentes, & quoſcunque alios. Nec poteſt quis vti ea
lege & conſuetudine niſi ad eius limites, & ſtatutis modis & temporibus ab
ea requiſitis. Verba ſunt Molinęi ſupradicto loco, niſi quòd de conſuetudi-
ne nominatim loquitur non de lege, cuius tamen quin eadem ratio ſit dubi-
tari non poteſt, cùm nihil aliud conſuetudo, quàm lex non ſcripta, ſiue in
ſcriptum redacta fuerit, ſiue non. Multò magis autem in retractu † conuen- 7
tionali eadem ratio locum habere debet, quia difficilius prætor ſe interpo-

Digitized by Google

nit vt aduerſus iuſtam conuentionem inter maiores factam reſtituat in in-
tegrum, quàm vt aduerſus legis ſcriptæ vel non ſcriptæ aſperitatem, quia nec
potentior aut fauorabilior lex vlla eſt quàm quæ à contrahentibus ipſis *di-*
cta fuit & conſtituta. Idque & Molinæus quoque ſupradicto loco inſinuat
non obſcurè *num 1. ad fin.* in verſ. *Etſi vlterius obiiciatur*, quamuis in eo er-
ret cum cæteris quòd putat ſi quid vel minimum geſtum ſit cum minore dá-
dam ei reſtitutionem aduerſus lapſum temporis conuentionalis inter ipſos
etiam maiores conſtituti, ex *d. l. Aemilius* perperam ab omnibus, vt nunc o-
8 mnes fatebuntur, intellecta. Nec eſt contrarium quod Paponius † eo ipſo lo-
co quem citauimus diſtinguit apertiſſimè retractum legalem aut municipa-
lem à conuentionali, atque denegandam pupillo reſtitutionem aduerſus
retractum illum legalem aut municipalem, ſed concedendam aduerſus con-
uentionalē ex *cap. conſtitutus Extr. de in integr. reſtit.* Indéque ex pragmaticis
noſtris pleroſq; errãdi occaſionem ſumpſiſſe ſcio, vt putent aduerſus lapſum
temporis conuentionalis reſtitui pupillum oportere. Omnino imperitè.
Non enim de eo retractu Paponius intelligit, qui deſcendat ex conuentio-
ne à pupilli aut alterius cuiuſlibet minoris patre vel alio ipſius tutore facta,
ſed de illo cui cauſam dederit contractus à pupilli tutore aut ab ipſo mi-
nore initus, De quo & in *dict. cap. conſtitutus.* Quo caſu nemo dubitat quin
9 pupillo † & minori cuilibet danda ſit reſtitutio, vt & aliis omnibus in ca-
ſibus quibus aliquid geſtũ ſit à tutore vel minore, quod pupillo aut minori
dãnum adferat. Sed obſeruandum tamẽ illud eſt quod pauci obſeruant, re-
ſtitutionem hoc caſu dari non contra lapſum temporis conuentionalis,
quod fieri per ipſam quoque rerum naturam impoſſibile eſt, ſed contra pro-
priam conuentionem, cuius pars quædam fuit adiectio illa certi temporis
10 & limitati. Ex quo fit tantò clarius, quod nos volumus, ſi pactum † de retro-
uendendo ſub conditione illa reſtituendi intrà certum tempus pretij inter
maiores factum ſit, non magis admitti poſſe vt pupillus ſiue tutorem ha-
bens, ſiue non habens reſtituatur aduerſus lapſa redimendi tempora, ſiue
tanquam minor, ſiue tanquam maior, quàm vt contra ipſam conuentio-
nem à patre factam reſtituatur, contra quam tamen qui eum ob pupilla-
ritatem reſtituendum putarit, ſiue tanquam pupillum ex edicto *De mino-*
ribus, ſiue tanquam ignorantem ex edicto *De maioribus*, nemo hucuſque
tam ignorans, ignarúſve fuit. Sed & illud ſummoperè à pragmaticis no-
ſtris obſeruari velim, quod ſupradicto loco Molinæus ſuam illam, noſtrámq;
11 que concluſionem, † quę pupillo denegat beneficium reſtitutionis etiam ad-
uerſus retractum legalem & municipalem, ampliat indubitanter vt proce-
dat etiamſi pupillus non poſſit habere efficacem regreſſum ad intereſſe con-
tra tutorem qui non eſt ſoluendo. Quid enim referre poteſt eius qui non
cum pupillo aut eius tutore, ſed cum patre contraxit, an pupilli tutor de
quo tum nec cogitabat adhuc nec cogitare poterat, futurus eſſet ſoluen-
do néche. Nam etſi cum ipſo tutore contractum ſit, & dolo quid tutor fe-
cerit, non ſemper diſtinguimus an cautum ſit pupillo an non, & an tutor
ſoluendo ſit an non, dummodò rem adminiſtret, inquit Vlpianus in *l. apud*
Celſum 4. §. illa etiam quæſtio. De dol. except. Vnde enim, inquit, *diuinat is qui*
cum tutore contrahit? Quam verò difficilius diuinare is potuit, qui non cum
tutore contraxit, ſed cum patre? Placet etiam ratio illa Molinæi, quòd
12 in acquirendis † tutor, prælatus, & ſimiles poſſunt præiudicare minoribus,
vel

vel eccleſiæ. Hic autem tractari de iure acquirendo impuberi non etiam de
iure iam quæſito, ex eo apparet, quod pupillus, ſiue prorogationem iuris re-
dimendi poſtulet in longius tempus, ſiue in integrum reſtitutionem poſt
elapſum tempus, non aliud agit, niſi vt acquirat ſibi obligationem & actio-
nem aduerſus emptorem, id eſt vt emptorem ſibi obliget ad retrouenden-
dum ſub conditione, & quidem ſub alia conditione, quàm quæ deducta
fuerat in conuentionem: quod ſine noua conditione quæ veterem refor-
met aut potiùs deſtruat, certè fieri nullomodo poteſt. Neque valdè diſſimi-
le eſt quod idem Molinæus tractat in *lib.2.Conſuet.Pariſ.§.52. gloſ.1.num.* 76.
Si cenſuarius † ſit pupillus etiam tutore carens, & omnino indefenſus, qui 13
proinde neque interpellari, neque in mora conſtitui vlla ratione poſſit, non
eo minùs contra eum fieri impedimentum & executionem, de qua ibi agi-
tur, *quia*, inquit, *huiuſmodi impedimentũ fit propter onus reale in rem non in per-
ſonam, & eſt quædam manus iniectio non lucratoria, ſed impeditiua duntaxat in
conceſſione rei retenta, nec cenſetur aliquod negotium cum perſona geri*, &c. Quan-
tò magis igitur dicendum eſt, pupillo † ſuccurri nullomodo debere vt poſt 14
tempus ex patris conuentione præſtitutum admittatur ad petendam retro-
uenditionem? Hîc enim plus eſt quàm in caſu illo Molinæi, quod ni-
hil fit, neque in rem, neque in perſonam pupilli, neque hic lapſus temporis
lucratorius eſt, vt cum Molinæo loquar, ſed impeditiuus duntaxat, & in i-
pſa rei acquiſitione retentus ne amplius vnquam poſſit exiſtere conditio,
ſub qua fuerat retrouenditio promiſſa: neque rurſum aliquod negotium cum
perſona geri intelligitur, ſed tantùm finitur ex vtraque parte tempus elabi,
quod retinere, & ne elaberetur prohibere, etiamſi maximè vellent, quibus
tamen machinis poſſent? Sed & in caſu Molinæi requiritur interpellatio
aut ſaltem notificatio facienda cenſuario ad efficaciam illius impedimenti vt
idem ille diſputat ibi *num.* 74. quæ porrò fieri nulla poteſt pupillo tutorem
non habenti & indefenſo. In propoſito autem nulla denuntiatione aut in-
terpellatione opus eſt, ad hoc vt poſt tempus paterna conuentione præſti-
tutum euaneſcat ſtipulatio aliáve promiſſio de retrouendendo facta ſub con-
ditione quæ intra tempus illud impleri debuerat, quæque iam impleri nun-
quam poſſit. Id enim fit ex vi & poteſtate ſola conuentionis iuſtæ quæ in
perſona maioris, non modò initium ſumpſit, ſed etiam pleniſſimam perfe-
ctionem habuit, licèt non niſi ſuo deſtinatóque tempore effectum habere
potuerit. Sed de tota quæſtione iſta iam nimis multa. Subiiciamus aliam di-
ſputationem, primámque Decadum noſtrarum partem cum hac Decade, feli-
citer Deo faciente abſoluamus.

ERROR DECIMVS.

De pupillo, vel minore, cui tanquam tutoris aut curatoris procuratori ſolutum eſt pretium rei immobilis, quam tutor vel curator vendiderat, aut retrouendiderat ſine decreto.

SVMMARIA.

1. *Species facti controuerſi inter autorem & minorem cui tanquam matris adminiſtratricis*

procuratori ſoluerat pretium fundi quem mater retrouendiderat autori ſine decreto.

2 *Competieritne minori iam maiori facto ius vindicandi fundum autori à matre retrouenditum.*

3 *Ratio prima pragmaticorum affirmantium, quòd irreuocabiliter pupillo fundus eſſet quaſitus, idéoque nec alienandus ſine decreto.*

4 *Secunda ratio, quòd mater legitima tutrix non fuiſſet.*

5 *Tertia, quod profeſſio pretij accepti, non ſecuta vera numeratione autorem non liberaret.*

6 *Reſponſio autoris ad primam aduerſariorum rationem, qua docetur actorem fundi dominium ſibi iniuſtè vindicare, quod nec Sempronij eius parentis vnquam fuerit.*

7 *Simulatio venditionis ex quibus arguatur.*

8 *Oratio Seueri de prædiis minorum, ſine decreto non alienandis non habet locum in fundo qui pupillo, aut eius patri fuerat pignoratus.*

9 *Traditio non transfert dominium ſine iuſta & legitima trasfendi cauſa.*

10 *Actio pupillo integra manet ſi prædij pupillaris, aut quaſi pupillaris venditio per tutorem facta ſit ſine decreto.*

11 *Ex pacto de retrouendendo non poteſt abſolutè inferri dominium à venditore in emptorem tranſlatum eſſe.*

12 *In propoſito caſu non fuiſſe neceſſarium decretum iudicis ad retrouendendum.*

13 *In propoſita ſpecie enormiſſimam læſionem reddere ipſam venditionem nullam.*

14 *Ex venditione nulla nec dominium transfertur, nec debentur laudemia.*

15 *Etiam doli exceptione actorem repelli poſſe.*

16 *In propoſito redimendi ius quod ex conuentione erat temporale factum fuiſſe perpetuum propter immodicam læſionem.*

17 *Nec fuiſſe neceſſe vt ob id præcederet declaratoria ſententia.*

18 *Reſponſio autori ad ſecundam aduerſarij rationem ſ. nn. 4. propoſitam. & ſeqq.*

19 *Mater quæ teſtamento tutrix data eſt, iudicis confirmatione non indiget. hæc ſatiſdationem præſtare tenetur.*

20 *Vt iurare debeat.*

21 *Si inuentarij confectionem omittat numquid pro tutrice habenda ſit.*

22 *Reſponſio ad tertiam aduerſarij rationem: & ſeq.*

23 *Neque pupillo, neque minori bene ſoluitur ſine tutoris aut curatoris autoritate.*

24 *Imberti diſtinctio reiecta.*

25 *Solutionem factam minori ad pleniſſimam liberationem autori proceſſe, primò quòd ei ſoluerit tanquam matris procuratori.*

26 *Minor tanquam procurator maioris negotium alienum geſſit in quo aliqua læſio interuenit, in integrum reſtitui nequit.*

27 *Impubes ad negotia, non item ad lites procurator conſtitui poteſt.*

28 *Solutio tutori facta pupilli nomine parit ſoluenti liberationem ſiue pecunia in rem pupilli verſa ſit, ſiue non.*

29 *Solutio facta falſo tutori quando pariat liberationem.*

30 *Solutionem controuerſam eo ipſo rectè factam eſſe, quòd acceſſerit iuſiurandum minoris de nunquam petendo.*

31 *Qui rei ſuæ ab alio venditæ pretium petit, licet tanquam procurator venditoris, hoc ipſo ratam habet venditionem, nec eam poſtea impugnare poteſt.*

32 *Venditio prædij pupillaris ab initio malè facta ob omiſſam decreti ſollennitatem, poteſt à maiore rata haberi, ac irreuocabiliter confirmari.*

33 *Iniquè rem petit minor, qui pretij quod accepit reſtitutionem non offert.*

34 *Minor qui curatorem habet quatenus pupillo comparandus.*

35 *Mater quæ pupilli tutrix fuit, quandiu periculo adminiſtrationis obnoxia remaneat.*

36 *In propoſita ſpecie non eſſe quærendum, an pecunia in rem minoris verſa ſit, nécne: ſed ac pretio retrouenditionis ſolutæ.*

37 *Minori denegatur in integrum reſtitutio quando id facit volens, quod & maior & inuitus facere cogeretur, ſi tanquam minor reſtitui velit.*

38 *Sententia l. in pupillo 47. D. de ſolut.*

39 *Locupletior intelligitur factus pupillus qui rem eam retrouendidit, quam pater ſi viueret retrouendere omnimodo deberet.*

40 *Qui rem ſub pacto de retrouendendo patri pupilli vendidit etiamſi pupillo tanquam perdituro pecuniam ſoluat, ſecurus eſt. & cur.*

41 *Obſignato pretio ac poſtea vi maiore deperdito actio ſalua eſt venditori ſub pacto de re-*

ro-

Digitized by Google

retrouendendo, etiamſi nulluſdum heres temporis obſignationis appareat.

42 *Etiam in pupilli & ſerui perſona conditio vtiliter impleri poteſt etiam ſine domini vel tutoris autoritate.*

43 *In conditionibus implendis factum duntaxat, non etiam ius conſideratur.*

44 *Licet pupillo implere conditionem etiam ſine tutoris autoritate.*

45 *Emptor quando teneatur facere pretium accipientis.*

46 *Quando ſit in electione pupilli an contra tutorem agere velit, an contra eum potius cum quo tutore autore contraxit.*

47 *Nihil eſſe cur minori in caſu ab initio propoſito ſuccurri debeat.*

48 *Pretio retrouenditionis in aduerſarij vtilitatem conuerſo, non eſſe cur debeat illi ſuccurri.*

49 *Vltima ratio aduerſarij, & eius refutatio.*

TITIVS fundum Tuſculanum quadringentis dignum vendiderat Sempronio aureis centum, interpoſito pacto de retrouendendo ſub ea conditione, ſi intra triennium ea pecunia cum legitimis acceſſionibus Sẽpronio reſtitueretur. Cũ Titio abſente cauſa Reipublicę nõ modò trienniũ illud effluxiſſet, ſed etiam decennium penè integrum, atque interim Sẽpronius deceſsiſſet inſtituto herede filio impubere, eiuſque tutela & bonorũ omnium adminiſtratione matri patruóque ſimul mandata, reuerſus poſtmodum Titius eundẽ fundum mihi vẽdiderat, quaſi redimendi ius ſaluum haberet, ex cauſa tã immodicæ læſionis, petita ſaltẽ in integrum reſtitutione aduerſus damnũ quod ex lapſu temporis per abſentiam ſuam paſſus fuiſſet, in eámque rem iuribus ſuis omnibus mihi ceſſerat, adeóque auxilio competentis in integrum reſtitutionis, aut obiiciendæ ſimulationis, ſi ea mihi via magis placeret vt Sempronij heres fructus omnes, quos & ipſe, & pater eius percepiſſet, tanquã ex pignore potiùs quàm iuſtæ emptionis titulo perceptos aut reſtituere aut in ſortem imputare cogeretur. Ego cum pupilli Semproniani matre tanquam cum tutrice (quòd ſola rem adminiſtraret, abſente ſcilicet contutore teſtamentario qui in alia degebat prouincia) interuenientibus tamen adfinibus & agnatis pleriſque bona fide tranſegeram nulladũ mota lite: conuenerátq; vt fundus ille Tuſculanus eo ipſo pretio reſtituto quod Sempronius dederat, mihi retrouenderetur, ſubſecuta ſtatim non ſolùm retrouenditione, ſed etiam retrotraditione. Mater quę ſe tutricem & teſtamento datã à patre, & à iudice confirmatam affirmabat, fide habita de pretio, totum ſibi perſolutum fuiſſe profeſſa erat, accepto tamen à me chirographo, & in publici inſtrumenti fidẽ trãſlato de pecunia illa ſub vſuris certo die ſoluenda. Subinde ſolueram heredi, pupillares quidem annos egreſſo, ſed minori tamen annis vigintiquinque, quem mater nulliſdũ redditis tutelæ rationibus, retentáq; vniuerſorũ bonorũ adminiſtratione, procuratorẽ fecerat ad petendam accipiendámq; ſolutionẽ. Is procuratorio nomine ſolutionẽ & petierat, & acceperat, adhibito quoque iureiurando pactóque de nunquam contraueniendo. Poſt annos aliquot maior factus, & intra tẽpora quidẽ petendæ reſtitutionis ex capite minoris ætatis, ſed nulla tamen poſtulata, vindicabat fundum tanquã ſuum, vrgebátque fructuum condemnationẽ ex die occupationis indebitæ, vt pragmatici loquuntur, nec pretij à ſe accepti reſtitutionẽ vllã offerebat, propterea quod cõtenderet nulla id ex parte in rẽ ſuã verſum fuiſſe. Quærebatur † apud Senatum noſtrum, an iure id ageret. Non deerant ex pragmaticis noſtris, qui iuſtã putarent, ritéque inſtitutã actionem. Rationes quibus potiſsimùm moueri ſe dicerent, hæ adſe-

3 rebantur: quod † is fundus ex cauſa hereditaria pupillo acquiſitus irreuoca-
biliter pro elapſa tēpora intra quæ retrouenditio peti potuerat, alienari à
matre alióue tutore ſine decreto iudicis non potuiſſet, obſtante oratione
Seueri de qua in *l.1.& tot.tit.de reb.eor.qui ſub tutel.vel curat.ſunt,ſine decret.
non alien.* non magis, quàm ſi pater eā rem ſine retrouendendi pacto & o-
nere cōparaſſet. Nā ſi neque tutori neque curatori permittendum eſt vt re-
dimēdi tēpus à pupilli patre præſtitutum proroget,quòd ea prorogatio quæ-
dā veluti alienatio ſit, vt ex Tiraq. diximus in quartum huius Decadis erro-
rē,quantò minùs ferendum eſt vt huiuſmodi pactionis prætextu elapſis iam
temporibus petendæ retrouēditionis,liceat tutori vel curatori retrouendere
nulla cauſæ cognitione,nullóque decreto præcedente? Nec quòd tranſactio-
nis color quæſitus eſſet ad rem facere videbatur: quandoquidem vſque a-
deò interdicta eſt prædiorum pupillarium alienatio, vt nō faciliùs per tranſ-
actionem permitti poſſit quàm ſi alia quælibet contractus ſpecies propo-
neretur *l.non ſolùm 4.C.de præd.minor.* Hactenus enim tutoribus & curatori-
bus conceſſum eſt vt de pupillorum vel adultorum ſuorum rebus bona fi-
de tranſigant,ſi earum rerum poſſeſſionem quam iam habent retineant, aut
quam non habent omittant, non etiam ſi quam habent amittant, & in
alium transferant. Cui conſequens erat vt heredi Sempronij eadem actio
maneret, quæ non ablata erat ſi retrouenditio nulla facta fuiſſet, *dict. l. 1.
§.1.l.magis puto 5.§.penultim.de rebus eorum qui ſub tutel.* Ergo etiam vindi-
catio,& in rē ipſam,non ſolùm in perſonam,vt ſcriptū eſt in *d.§.pen.* Secūda
4 † ratio erat,quòd mater quæ ſe tutricē dixerat, neque tutelam apud iudicem
ſuſcepiſſe,neque iuraſſe,aut Velleiano,& ſecundis nuptiis renuntiaſſe, neque
ſatiſdediſſe,nec denique ſollenne inuentarium feciſſe probabatur. Quæ om-
nia matri tutelam gerere volenti ex officio incumbere conſtat ex Iuſtiniani
Nouell.118.de hered.ab inteſt.venient.cap.5.§.ex his autem. Capic. *deciſ.* 50. in-
cip. *in cauſa Iacobi*. Dec. in *l.fœminæ.num.18.de reg.iur.* Ac proinde omiſſis &
neglectis iis, cum non poſſit videri mater legitima tutrix fuiſſe, conſenta-
neum relinquebatur,vt quæ per eam geſta eſſent nullo iure conſiſterent,præ-
ſertim quòd ad damnū & incommodum pupilli,quamuis eius commodo &
fauore ſi vellet ille,defendi poſſent,vt tractat Afflict. *Deciſ.262.poſt. Alex.cōſ.*
5 *129.pōderatis,vol.1.* Tertiam rationem † aduerſarius afferebat, quòd etiāſi ma-
ter re vera tutrix fuiſſet,profeſſio tamen illa pretij accepti ſufficere nō poſ-
ſet ad acquirendam mihi liberationem non ſecuta vera numeratione, vt ex
communi interpretum traditione defendit Andr. Tiraq. *De retract. conuent.
§.4.gloſ.n.31.& ſeq.* Secuta autem numeratio, quæ non tutrici facta eſſet,ſed
minori ipſi quem & eo tempore pupillū fuiſſe aduerſarius cōtendebat, mul-
tò minùs potuerat parere liberationem,cùm neque tutoris vel curatoris au-
toritas in ipſo negotio & actu numerationis interueniſſet (quomodo inter-
uenire debuerat vt vtiliter interpoſita videretur, *l.obligari 9.§.tutor ſtatim. D.
de autor.& conſ.tutor.l.ſi quis mihi 25.§.iuſſum D.de acquir.hered.*) neque pe-
cunia in rem minoris verſa probaretur *§.vlt.Inſtit.quib.alien.licet vel non,l.
contra 28.D.de pact.l.pupillo ſolui 15.D.de ſolut.* iunct. *l.ſancimus 25. C. de ad-
miniſtr.tutor.* Mihi tamen & doctioribus pleriſque quibuſcum de iure meo
6 contuleram,longè aliter videbatur. Nam primùm,† quòd ad inſtitutæ actio-
nis ius pertineret,dicebam, quod iuris eſt notiſſimi, vindicationem dominij
de qua tractabamus(eſt enim pignoris quoque vindicatio,ſed quæ tamen ab-
ſolutè

Digitized by Google

ſolutè vindicatio dicenda nõ eſt *l. ſi fundus 16. §. in vindicatione*. D. *de pignor.*)
non alij poſſe vnquam dari, quàm qui ſit dominus iure gentium aut ci-
uili *l. in rem 23. D. de rei vindic.* In propoſito autem non poterat actor ſe do-
minum dicere, non tam propter factam à matre eadémque tutrice retrouen-
ditionem, ſecuta etiam traditione, quàm illa potiſſimùm ratione, quòd eius
pater Sempronius nunquam huius fundi dominus extitiſſet. Contractũ enim
illum, licèt venditionis titulo donatum, tamen ſimulatum & pignoratitium
fuiſſe apparebat ex eo quòd omnia illa concurrebant ex quibus interpretes
pragmaticíque omnes vno ore arguendam exiſtimant † ſimulationem ven- 7
ditionis, pactũ ſc. de retrouendendo, modicitas pretij, & in perſona emptoris
conſuetudo fœnerãdi ſub eo vſurarũ modo, cui fructuũ ex fundo perceptorũ
modus & quãtitas reſpõdeat. Sic enim ex aliis quos penè innumeros cõgerit
Andr. Tiraq. *in praef. de retr. conuent. num. 5.* Ac de pacto quidẽ retrouendendi
ex ſcripto & inſtrumento cõſtabat, de modicitate verò pretij ex locationum
tabulis, quæ probabant eo ipſo tempore quo facta venditio fuerat, penſionis
pro fructibus debitæ modum illum fuiſſe, vt ad decunces etiam vſuras a-
ſcenderet, cùm tamen fundus nobiliſſimus & dignitatis nõ mediocris titulo
inſignitus ex vſurarũ dũtaxat ſextantiũ cõparatione æſtimari iuſte debuiſſet.
Ea namque ferè certior & expeditior probandæ æſtimationis ratio eſſe ſolet
ex fructuum quantitate & valore *l. ſi fundus 13. in princ. D. de reb. eor. qui ſub
tutel. l. ſi fundum per fideicõmiſſum 92. de leg. 1.* Fructuũ autẽ quantitas pro fun-
di aut regionis dignitate maiorẽ facere ſolet æſtimationem. Fœnerandi verò
cõſuetudo (cuius tamẽ probationẽ hac parte neceſſariã non eſſe multi defen-
derũt:) partim per teſtes, partim per inſtrumẽta probari tam apertè poterat vt
de ea dubitari nõ oporteret. Hoc verò ita cõſtituto vt pignoris potiùs quàm
emptionis contractus initus videretur, apparebat ex contractu pignoratitio
dominiũ neque tranſlatũ fuiſſe in Sempronium, neque transferri vnquã po-
tuiſſe *l. cùm & ſortis 35. §. vlt.* D. *de pign. act.* Proinde nec factum eſſe heredi-
tarium defuncto Sempronio, nec pupillarem: quia & hereditarius & pupilla-
ris ille eſt qui mortis tempore in defuncti hereditate, id eſt dominio repe-
ritur, Hereditatem enim dixerunt veteres pro dominio, ſicut & heredem pro
domino *§. vlt. Inſt. de hered. qualit. & differ. l. 3. §. idem Pomponius.* D. *de minor.
l. de hereditate 19. §. pater.* verſ. *non tamen.* D. *de caſtr. pecul.* Alioqui plus iuris à
defuncto in heredem tranſlatum eſſet, quàm defunctus habuiſſet, quod iuris
regulæ non patiuntur, nec cõſequenter ad hũc caſum pertinere poteſt oratio
Seueri † De prædiis minorũ ſine decreto nõ alienãdis, quã conſtat nõ habere 8
locum in fũdo, qui vel pupillo, vel quod idẽ eſt, eius patri fuerit pignoratus,
niſi eo demũ caſu quo rei pignoratæ dominiũ iã fuerit à defuncto, aut à tuto-
re pupilli nomine impetratum *d. l. magis puto 5. §. ſi fundus pupillo pignoratus,
ill. tit.* D. *de reb. eor. qui ſub tutel.* Nec quod is fundus re vera Sempronio tradi-
tus fuerat, ad rẽ facit. Nõ enim ſola † nudáque traditio dominiũ trãsfert ſi tra- 9
dẽdi cauſa nulla ſit, quã nec aliquã ſubeſſe ſufficit, ſi non ſit iuſta & legitima,
id eſt, quæ iure noſtro habilis exiſtimetur ad dominiũ transferẽdum, *l. nũquã
nuda. 31. D. de acq. rer. dom. l. 3.* D. *ſi vſusfr. pet.* qualis proculdubio eſt cauſa em-
ptionis veræ & iuſtæ *l. ex empto. 11.* D. *de act. empt.* Pignoris nõ itẽ, *l. pignori. 13.*
D. *de vſuc.* Ex quo facilè eſt intelligere quàm parũ aptè obiiceret aduerſarius
quod ſupra diximus manere † actionẽ pupillo integram quoties prædij ven- 10
ditio per tutorẽ facta eſt ſine decreto ex *d. l. 1. & d. l. magis puto. §. pen. de reb.*

Digitized by Google

cor.Id.n.tū verè dicitur cum pupillaris fundus diſtractus fuit: Fundus autē pu-
pillaris vt iā diximus, hic eſſe nō pōt, qui nūquā fuit in dominio pupilli. Fa-
teor ſufficere vt ſit quaſi pupillaris ad hoc vt nō magis ſine decreto diſtrahi
poſſit quā ſi eſſet pupillaris, vt putà ſi eum pupilli pater aut tutor emerat bo-
na fide quaſi eſſet venditoris, cū tamē re vera eſſet alienus. *d. l.magis puto, §.1.*
Nā & pro huiuſmodi fundo publicianam habere pupillus poſſet aduerſus o-
mnes prçterquā aduerſus dominū, tanquā ſi iam eſſet vſucaptus *l.1.& tot.ti.D.*
de public.in rem act.§.namque.Inſtit. de act. Sed nego pupillarē aut quaſi pupil-
larē dici debere eum quē pupilli pater ſub emptionis titulo ficto & ſimulato
reuera in pignus acceperit, de quo retrouēdēdo, nec agi poteſt, cum retrouēdi
tio ſupponat prçcedētē actionē, ſed de pignoris tātū iure luēdo, quod ne fie-
ri quādocūque poſſit, ſaltē ad trigeſimū vſque annū, nemo vnquā dubitauit, *d.*
l.pignori, vbi Bart. & alij tractāt. Atqui, inquies, pactū interceſſit de retrouen-
dendo vt appareat neceſſariā fore retrouēditionē, & quod eſt antecedēs, trāſla
tū fuiſſe dominiū à vēditore in emptorē, *arg.l.ab emptione* 58. *D.de pact.* Ego
11 verò cōſecutionē nego † cū pactū ipſū de retrouēdēdo ſit etiā ſimulatū, quip-
pe quod pars quædā ſit vēditionis, quæ ipſa, vt diximus, ipſa eſt ſimulata. Imò
vel ob hoc maximè ſimulatū vidéri debet pactū hoc de retrouēdendo, quod
in cauſa præcipuè ſit, vt venditionē dicamus ſimulatā: nec. n. ſola modicitas
pretij licèt fœnerādi conſuetudine accedēte induceret ſimulationis præſum-
ptionē ſi pactū de retrouēdēdo nullū interceſſiſſet. Philoſophorū autem ca-
tholicū illud eſt, nec prudētib. ipſis incognitū propter quod vnū quodq; ta-
le eſt, & illud eſſe magis tale, Quēadmodum nec quiſquā dubitat quin plus va-
leat ſēper quod agitur quā quod ſimulatè concipitur, vt eſt in *rubr.C.* parūque
prodeſt ſuppoſititiū nomē emptionis ſi re vera pignus cōtrahatur, *l. emptione*
3.ult.tit.l.ſi ex pretio 6.c.ſi cert. pet. Inſtabis fortaſſe, neceſſarium fuiſſe decretū
iudicis, & pleniſſimā cauſæ cognitionē adhiberi debuiſſe antequàm hic fun-
dus à tutrice retrouenderetur, vel ob hoc ipſum vt ſciri poſſet an contractus
emptionis in Sempronij perſona verus fuiſſet, an ſimulatus. Sed iā ſupra dixi-
12 mus † in quartum huius Decad. errorē, nihil id commune habere cum decre-
to quod ex oratione Seueri exigitur ad prædia minorū vtiliter diſtrahenda.
In eo namque verſatur interpoſitio illius decreti, & cauſæ cognitio, vt ſcia-
tur, an vrgeat æs alienū, cuius exſoluendi neceſſitate, eandē eò veniendū ſit vt
prædium diſtrahi oporteat, *d.l. magis puto.§.non paßim.* Cæterùm ſi prædium
neque reuera pupillare fuit, neque quaſi pupillare; ſufficit quandocunque co-
gnoſci & apparere de ſimulatione, quia nō ex eo demùm tēpore incipit em-
ptio eſſe ſimulata, quo ſimulata pronunciatur, ſed per ſententiā quandocun-
que ſecutam, qualis ab initio fuerit emptio, declaratur: ac proinde nihil eſt
quod obſtet quominùs ab initio etiā ſine decreto facta valuerit ſemper ven-
ditio eius prædij quod nunquā fuerit pupillare. Accedebat in propoſita ſpe-
cie, quòd etiamſi emptio illa ſimulata nō fuiſſet, id eſt quamuis neque pactū
de retrouēdendo, neque fœnerandi cōſuetudo interueniſſet, tamen ex enor-
13 miſſima † illa læſione quæ iuſti pretij non modò beſſem ſed etiam dodrantē
excedebat nulla prorſus & iniuſta videri debebat venditio, quaſi quæ conti-
neret dolum in re ipſa dolo ex propoſito cōparandum, iuxta eā interpretū re-
ceptiſſimā ſententiam quæ tradi ſolet ad *l.ſi quis cum aliter 36. de verb. obl.* &
quā Senatus noſtri decretis innumeris confirmatā fuiſſe certiſſimum eſt. Sic
enim vulgò exiſtimant, ex cauſa huius doli qui in re ipſa eſſe creditur, nō ſo-

lùm reſcindendã eſſe venditionẽ,ſed pro nulla prorſus habendã reducto ti-
tulo ad nõ titulũ, adeò vt ad fructuũ omniũ quaſi nullo iure perceptorũ re-
ſtitutionem condemnari emptorẽ debere nõ dubitent, ſalua ei vſurarũ quin-
cuncium pro rata ſoluti pretij vel petitione vel imputatione. Atqui ex vendi-
tione † nulla dominiũ non transfertur *d.l.nunquam nuda*, quoniã emptio quæ 14
nulla eſt, emptionis nomen nõ meretur. *l. cùm vir. 42. D. de vſucap. l. cùm lex*
46. D. de fideiuſſ. vnde illud eſt quod neque laudimium ex ea vllum debe-
tur, cùm laudimij obligatio inducatur ex tranſlatione illa dominij quæ fit
per alienationem *l. vlt. vbi not. C. de iur. emph.* nec niſi de poſſeſſione inter no-
ſtros hoc caſu controuerti ſolet quàm quia facti magis eſt, quàm iuris, faci-
lius eſt etiam ex nullo contractu transferri in accipiẽtẽ, de quo noſtri tractãt
ad *l.1. §. ſi vir. vxori. D. de acq. poſſ.* Verùm igitur eſt hoc caſu nunquam cõpe-
tiiſſe Sempronio vindicationem, nec proinde ipſius heredi competere poſſe
qui vtique plus iuris habere ex cauſa hereditaria nec poteſt nec debet, cùm
ſuccedat in vitia defuncti, etiã ignorans, *l. cùm heres 11. De diuerſ. temp. præſcr.*
ac multò magis ipſi nocere debeat vitium contractus, quod nõ tantùm con-
trahentis perſonam afficit, ſed ipſum etiã contractũ. Obſtabat † quoq; vindi-
canti aduerſario, vt ſaltem doli exceptione repelli deberet, quamuis ſine de- 15
creto adeòque ſine cauſa fundus pupillaris contra leges diſtractus proponere-
tur, quod pretij reſtitutionem nullã omnino afferebat, cùm tamen non modò
aliquã ex parte, ſed totũ etiam pretiũ in rẽ pupilli verſum eſſe probaretur *d.*
l. ſi fundus 13. §. quamquã autem. D. *de reb. eor. qui ſub tute.* vbi exceptionis huius
concedendæ rationem æquiſſimã Paulus illam adfert quòd non ſit permit-
tendũ pupillo vt lucrũ captet ex alieno damno. Plus dicebã, tametſi emptio
illa neq; ſimulata neque prorſus nulla fuiſſet, tamẽ læſionis † tã immodicæ ef- 16
fectũ futurum illũ fuiſſe vt redimendi ius quod ex cõuentione tẽporale erat
concluſũmque triennio, perpetuũ fieri debuiſſet hactenus ſaltẽ vt in trigeſi-
mũ vſque annũ extenderetur. Nã & hæc receptiſſima noſtrorũ traditio eſt à
Senatu quoq; noſtro ſæpiùs ac ſæpiùs approbata, quã & Pariſ. Curiæ placuiſ-
ſe maximè in contractibus ſuſpectis refert And. Tiraq. *de retr. cõuent. §. 1. gl. 2.*
nu. 55. referens etiã, probãſq; Bart. Chaſſan. qui in *Conſuet. Burgund.* ita ſcri-
pſit *Ti. De rentes vendues à r'achapt. §. 1. col. 4. n. 21.* itémque in *Ti. de retraits §.*
10. in verbo *a fait diligence, in fi.* vt in hoc ſaltem, inquit Tiraq. rationẽ quan-
dam habeamus opinionis illorũ, qui ex modicitate pretij & pacto de retrouen
dẽdo reprobant contractũ. Satis. n. ſupérque fauemus emptori, ſi dicamus, ex
his duobus non reprobari quidem contractũ, ſed tamen reſcindi, vt ille loqui
tur, reſtituto quandocũq; pretio ſine vlla fructuum deductione. Et verò parũ
intereſt emptoris an emptio reſcindatur ex cauſa enormis & immodicæ læ-
ſionis, beneficio, *l. 2. C. de reſcind. vẽd.* an potiùs redimẽdi ius alioqui tẽporale
perpetuetur, cùm vtroque caſu idẽ eueniat, vt res emptori auferatur, & pretiũ
ei reſtituatur, niſi quòd fauorabilior & expeditior videtur ratio illa perpe-
tuandi iuris ad redimendũ competentis, per quã ſc. venditio tota cõſeruatur
integra, cuius reſciſſio nõ poteſt eſſe non odioſa: quãuis Tiraq. reſcindi eã di-
cat hoc ipſo quòd ius redimendi perpetuatur contrà quàm in vendẽdo cõue-
niſſet. Ergo quemadmodũ ſi retrouẽditio facta eſſet intra trienniũ quod vẽ-
ditionis lege fuerat præſtitutum, dubitari nõ poſſet, quin liceret tutori fundũ
illum quantũlibet pupillarem retrouẽdere etiã ſine decreto, quia hic caſus ex
eorũ numero eſt in quibus decreto nullo eſt opus, *l. 1. C. quand. decr. opus nõ eſt.*

ita & fateri cogimur nullũ hic fuiſſe neceſſarium decretũ:nõ magis, quàm ſi pupillus ipſe vellet ſine decreto fundum reddere quem pater ſtipulāti ſpopondiſſet, aut inconſulto prætore peragere cętera vẽditionis,quã pater fecit. et *d.*
17 *l.magis puto 5. §.ſi pupillus. & ſeq. de reb.eor.qui ſub tutel.* Nã ſi quis tẽtare velit debuiſſe præcedere declaratoriam, vt pragmatici loquũtur, de perpetuando iure redimendi, antequã tutor id pro perpetuo aut perpetuato habere potuiſſet, is proculdubio errauerit. Si.n.tutor tibi conſcius ſit,& iuris & facti.i. ſi tã enormẽ & immodicã læſionem eſſe ſciat vt in dubiũ eam reuocare non poſſit, ſciat etiã ex peritiorum conſilio ita iudicari à Senatu ſolitum eſſe,vt ex cauſa redimendi ius fiat perpetuum, aut vt aduerſus damnum, quod ex lapſu temporis contigit, reſtitutio in integrum dari poſſit ei qui abfuit Reip. cauſa,*l.1.& tot.ti.ex quib. cauſ.maior.* Rogo cur iniuſtã pupilli nomine litẽ ſuſcipere,& innanibus ſumptibus pupillum diuexari patiatur? Neque enim bonam fidem etiã extra iudicium agnoſcere tutor prohibetur *l.quoties tutor 9. §.ſicut autem.*vbi eſt textus perelegãs. *D.de admin.tutor.* Præſertim verò ſi ex litis euẽtu maius damnum pupillo timere debuit:quod hic euenit. Nam ſi hoc caſu pupillus ſentẽtiam iudicis expectaret, haud dubiè probata tã enormi læſione cõdemnandus eſſet non tãtùm ad retrouẽditionẽ faciendã,ſed etiã ad fructus omnes quos & ipſe & pater eius percepiſſet aut percipere potuiſſet, quaſi nullo iure perceptos omnimodo reſtituendos, aut, quod effectu idẽ futurũ erat,in ſortẽ imputandos,atque ita eueniret vt pro centum aureis,quos Sempronius Titio numeraſſet non niſi quinquaginta pupillo reſtituerentur, qui ex fundo illo per decennium integrum centum aureorum fructus percepiſſet: iuxta eam ſententiam quam & à pragmaticis inductam, & in tribunalibus receptam eſſe diximus *Decade 9.Error 9.* Neque enim eſt quod quis nugetur, pupillum ſuccurrendum eſſe propter ætatem vt cùm eo mitiùs agatur ne cogẽdus ſit pati reſtitutionem illam fructuum aut immutationem. Nam cùm hæc ſiue reſtitutio, ſiue imputatio proficiſcatur ex vitio contractus, cui dolus defuncti ſiue verus, ſiue præſumptus, ſiue ex propoſito, ſiue in re ipſa,cauſam dederit, vt contra pragmaticos ex ipſorum pragmaticorum traditionibus diſputemus, quis admittat fieri poſſe, vt pupilli ætas & fauor qualitatem contractus immutet? Non magis vtique quàm vt alterius cuiuſlibet heredis ignoratio vitia defuncti excludat *d.l. cùm heres 11.* D. *de diuerſ.tempor.præſcript.* Itaque negari non poteſt quin pupilli negotium vtiliter geſſerit mater, quæ fundum hunc mihi retrouendidit eodem pretio quod pater pupilli numerâuerat,centum aureorum,nulla fructuum aut reſtitutione aut imputatione diminuto. Et verò quid intereſt an redimendi ius perpetuum fuerit ex conuentione, an ex legis poteſtate, vt mater, quæ retrouendidit maximè bono illo conſilio, vt à fructuum reſtitutione vel imputatione pupillum ſuum liberaret, nihil contra filij vtilitatem, nihil e-
18 tiam contra leges feciſſe videatur? Hinc autem † inferri etiam poterat, quàm inanis & futilis eſſet ratio illa, quæ contra me afferebatur, quòd mater tutrix non fuiſſet, propterea quòd neque confirmata eſſet à iudice, neque iuraſſet, neque ſollenne inuentarium feciſſet, nec denique ſatiſdediſſet. Nam etiamſi ea omnia maxime vera fuiſſent quæ ex facto potiùs falſa probabantur, mihi tamen nocere minimè debuiſſent, quia quod dici ſolet, non poſſe tutorem adminiſtrare, aut in re pupilli quicquam facere priuſquàm ea omnia peregerit,quæ ad tutelam ritè ſuſcipiendam pertinent, niſi ſi quid ſit

quod

quod dilationem nec modicam expectare poſſit, vt Vlp.ſcribit in *l. tutor qui*
*repertorium 7. D. de adminiſtr.& peric.tut.*tunc locum non habet cùm in pu-
pilli commodum & vtilitatem negotium à tutore geſtum eſt, ne aliter po-
ſito iure eueniat vt quod fauore pupilli conſtitutum eſt, in eius odium re-
torqueatur. Boer.*quaeſt.*62.*in fin.& quaeſt.*124. Aufrer. ad *Deciſ.Capell.Tholoſ.*
92.Guid.Pap.*quaeſt.*330. Idémque eſt etiamſi nullum pupillus ex eo tutoris
facto lucrum ſentiat, dum ne quid aliud tutor fecerit, quàm quod vt vel in-
uitus facere ex iuris ratione cogi potuiſſet. Quid enim eſt quod huic tuto-
ri poſſis imputare, aut in quo pupillus læſus eſſe videatur? Nam etſi pupil-
lus ipſe non ſolùm ſine prætore,ſed etiam ſine tutore quid feciſſet in execu-
tionem contractus paterni,& quod pater ipſe ſi viueret facere deberet, non
eò minùs ex facto ſuo teneretur, *d.l.magis puto.§.ſi pupillus & ſeq.* De *reb.eor.*
*qui ſub tutel.*Sed neque verum eſt matrē quæ†teſtamento tutrix data ſit,con-
firmatione vlla indigere qua nec alius tutor vllus, qui modò bene ritéque 19
datus eſſet,indigeret, vt probauimus in *Decad.3.Error.vlt.*Sicut nec ſatiſda-
re tenetur, cùm habeat pro ſe iudicium defuncti, quod decreti vice & loco
eſſe poteſt,*l.teſtamento* 17. *D.de teſtam. tutel.§.1.Inſtit.de ſatiſd.tutor.* Neque
rurſum†cogitur mater iuſiurandum illud interponere, de quo Iuſtinianus 20
in *Nouell.* 110.*De hered. ab inteſt.venient.cap.*5. incip. *ex his autem*, quoniam
ea ſollennitas receſſit ab aula, vt interpretes & pragmatici omnes fatentur.
Cogitur ſanè iurare vt & alius tutor quilibet ſe rem pupilli bene & ex eius
vtilitate adminiſtraturum,ſed non facit illa omiſſio vt ſi benè & vtiliter ad-
miniſtrauerit,ob id minùs valere debeant quæ ab eo geſta ſunt, quòd non
iurauerit. Plus enim præſtat qui facit,quàm qui iurat ſe facturum. Inuenta-
rium†autem conficere etſi tutores omnes debent,nec priùs quicquam attin- 21
gere,ne dolo in litem contra eos iurari poſſit, *d.l.tutor*, tamen qui non fe-
cit,remouendus ex ea cauſa potiùs eſt tanquam ſuſpectus, quàm vt reſcindi
debeant ea omnia quæ circa pupilli perſonam aut patrimonium fideliter
vtilitérque geſſerit, *vt ſupradicta quaeſt.*124.Boerius tractat. Tum verò quid
ſi pater inuentarij confectionem,vt fieri ſolet, adeóque rationum redditio-
nem matri de qua confidebat, remiſerit? Fateor non ex eo fieri vt nullum
prorſus inuentarium conficere,nulláſque rationes reddere mater debeat, ſed
tantùm vt à ſcrupuloſa redditione liberata intelligatur, ſi non præter eà ma-
tri legatum ſit quicquid ex tutelæ cauſa debere poterit, *l.ita autem* 5. *§.Iulia-*
nus,aliàs l.quidam decedens.D.eod.l.ſi quis 9.*l. Aurelio* 20.*§.1.l.Aurelius* 28.*§.*
Titius D.*de liber.legat.* Sed tamen dico in hoc caſu matrem quæ patris vo-
luntatem & iudicium ſecuta ſit, non ob id minùs tutricem fuiſſe videri de-
bere quòd inuentarium nullum fecerit. Quanquam in ea ſpecie de qua tra-
ctabamus proponebatur mater defuncto marito iudicem adiiſſe, & narrato
per ſupplicem libellum teſtamento quo pater matri patruóque ſimul, vt di-
ximus, tutelam mandauerat,petiiſſe vt dum patrui in alia prouincia degen-
tis reditus expectabatur, inuentarium conſcriberetur, ne quid ſibi poſſet
imputari,& impetrato in eam rem iudicis reſponſo inuentarium illud fieri
curauerat. Denique ſufficiebat quòd mariti teſtamento tutrix communium
liberorum effecta ſupremam defuncti voluntatem precibus iudici oblatis a-
gnouiſſet,omniáq; tanquam tutrix geſſiſſet, ex bona fide pupillorúmque vti-
litate, nec ſolùm extra iudiciū,ſed in iudicio quoque ſiue ageret pupillorum
nomine,ſiue cōueniretur. Sola itaq;upereſſe videbatur†illa quæſtio,an pre- 22

tiũ retrouenditionis,ſiue matri,ſiue filio ipſi ſolutum quod in rẽ eius verſum non probaretur,bene rectéque ſolutũ videri oporteret,ex eáq; ſolutione mihi liberatio contigiſſet.In qua quæſtione illud quidẽ ſtatim occurrebat quod
23 aduerſarij obiiciebant,neque pupillo,† neque minori bene ſolui ſine tutoris aut curatoris autoritate,nec liberationẽ ex ea ſolutione cõtingere, niſi quatenus locupletior pupillus minórve factus eſſe proponatur *§.nũc admonẽdi. Inſt. quib.alien. licet vel nõ l ſacimus.* 25.*l. conſtitutionẽ* 27.*C.de adminiſtr.tut.* Tutoris poriò autoritatẽ in ipſo negotio & actu interponi neceſſe eſt, *l.obligari* 9.*§.tutor ſtatim.D.de autor.& conſenſ.tutor.l.ſi quis mihi bona* 25.*§.iuſſum.D.de acq.her.* Etſi autẽ ius hoc diſtinctiones quaſdã recipit in minore,ſi Io.Imber-
24 to credimus aliam rationẽ conſtituẽtit† eius,qui decimũ octauũ ætatis annũ iam exceſſerit, aliam eius qui nondum attigerit,vt pręſumendus hic ſit pecuniam ab alio acceptã malè cõſumpſiſſe,ille contrà vtiliter & in rẽ ſuã impendiſſe (quæ tamen diſtinctio ſicuti prudentibus omnibus fuit incognita, ſic nec vllã habet rationẽ.) in pupillo tamẽ generaliter & indiſtinctè verũ videtur non poſſe ei ſolui ſine tutoris autoritate,videríq; perdituro dari pecuniã, quæ pupillo datur, vt proinde ex eiuſmodi ſolutione vix vlla poſſit vnquam liberatio contingere,ſi non probetur pecunia in rẽ pupilli verſa.Sed reſpõde-
25 bã,† concurrere hic quàm plura,quæ facerẽt ne dubitari poſſet, quin ſolutio ſiue minori,ſiue etiam pupillo facta prodeſſe mihi deberet ad pleniſſimã liberationẽ.Prima illa erat,& præcipua,quod ego minori ſoluerã tanquam matris ſuæ eiuſdémque tutricis & adminiſtratricis procuratori. Inde namque fiebat vt perinde habenda eſſet ſolutio illa ipſi matri acſi facta fuiſſet. Quo caſu ſi mater poſteà numos filio impuberi perdendos dediſſet, nihil tamen eſſet quod mihi imputari oporteret, ſed matri potiùs quæ minorem, adeóque ſi voles impuberẽ filium procuratorem conſtituiſſet ad pecuniam exigendam. Factum denique & periculum hac in re matris eſt, non pupilli, & conſequenter non magis quærendum erat, an in rem pupilli verſa eſſet pecunia, quàm ſi mater ſolutionem accepiſſet. Vnde illud etiam eſt quod
26 dicimus, minorẽ qui† tanquam procurator maioris negotium alienum geſſerit, in quo aliqua læſio interuenerit, reſtitui in integrum non poſſe, quoniam ea ratione non minori,ſed maiori contra prætoris mentem edictíque verba ſuccurreretur, cuius damno res ceſſura ſit, præterquam vno illo caſu, ſi euentu damnum minor paſſurus fuerit, quia quod præſtiterit ſeruare ab alio non poſſit, qui fortè non ſit ſoluendo, *l. 3. §. vlt. & l.4. l. cùm man-*
27 *datu* 23.*C.de minor.* Scio equidem non poſſe impuberem † conſtitui procuratorem ad lites tractandas: ad negotia verò non facilè ſi obtentu ætatis nihil cum eo gerere velit is,ad quẽ mittitur procurator: quia iudicio caret illa ætas,& ea etiã quæ videt,ignorat. Verùm ſi is qui cum maiore gerendam rem habeat, pupillum velit admittere procuratorem,præſertim ea in re, in qua ſolo facto,nudóque tradendi aut accipiendi miniſterio magis quàm certo iudicio opus ſit, nihil eſt vtique quod prohibeat quominùs & procurator eſſe ad negotia & ſolutionem accipere poſſit, erítque potiùs quod ei imputetur qui pupillo mandatum dedit, quàm ei qui pupillum procuratorem admiſit, in eámque rem apertiſſimus & accommodatiſſimus textus eſt in *d. §. vlt.tutor l.3.De minor.* iunct.*l.* 1.*§.pupillus.*13.*D.de acquir.poſſeß.* Atqui con-
28 ſtat ſolutionem † tutori factam pupilli nomine parere ſoluenti liberationem,& quidem omnimodo, id eſt, ſiue pecunia illa in rem pupilli verſa ſit, ſiue non,& ipſo iure,vt ait Paul. in *l. Lucius* 46.*§. tutela.de adminiſt.& peric.*

tutor. Neque enim malè contrahitur cum tutoribus, etiamſi non ſint ſol-
uendo, inquit Vlpianus in *l.4.in fin.de euict.l.cùm plures,*12.§. 1. *D. de admin.*
tutor. Quid-n. diuinare poſſit is qui contrahit cum bona fide cum tutore? *l.a-*
pud Celſum 4. §. *illa etiam quæſtio* 23. *D. de doli mal. except.* Aut cur debeat
curioſus eſſe vel anxius quam in rē tutor acceptam pecuniam ſit impenſurus?
arg.l. doli exceptio 19.§.*vlt.*D.*de nouat.* Curioſus & anxius is tantùm eſſe
debet, qui contrahit cum perſona ſuſpecta, vt putà cum muliere quam ſcit
aut ſcire debet non poſſe ita contrahere, vt alienam in ſe ſuſcipiat obligationē
*l. vir vxori.*17.*in fine princ.*D.*ad S.C. Vell.* At tutoris perſona ſuſpecta num-
quam eſſe poteſt ei qui cum pupillo aliquid gerendū habet, imò nec eius qui
pro tutore gerat. Sufficit enim vt rem adminiſtret, *d.§.illa etiam,* eandémque
fidē & diligentiam præſtet quam tutor verus præſtaret, vt Pompon. loquitur
in *l.pen. D.de eo qui pro tutor.* Dicam amplius, etiamſi falſo † tutori facta ſolu- 29
tio ſit, adhuc idē eſſe, perindéque liberationem cōtingere, eo nimirum caſu
quo illi ipſi falſo tutori non alij obligatus debitor fuit. Affl. *Deciſ.*147. quidā
gerebat ex Bar. in *l. filius.C.de pact.*& in *l.eū qui §.1.nu.2.de verb.obl.* Cùm ve-
rò in propoſita ſpecie Sempronij filium, non pupillum, ſed puberē, licèt mi-
norem ſolutionis tempore fuiſſe contenderem, apparebat minùs dubitandum
eſſe de ſolutionis poteſtate, maximè † quòd iuſiurandum interueniſſet *de nun-* 30
quam petendo. Conſtat enim ex eiuſmodi iureiurādo nō ſolùm obligari pube-
rē, qui iurauit, ſed etiā confirmari validúmque fieri contractum qui alioquin
propter legis prohibitionem ipſo iure nullus eſſet, *vulg. Aut.ſacramēta pube-*
rū c.ſi aduerſ.vend. Hactenus ſaltē vt citra auxiliū reſtitutionis in integrū au-
diri non deberet, quantacūq; læſio interueniſſet. Porrò quæſtio illa, an pretiū
in rē minoris verſū eſſet néene, ad læſionis probandæ vel excludendæ cauſam
duntaxat pertinebat, non ad contractus validitatem aut nullitatem inducen-
dam. Id enim eſt quod interpretes tractant ad *l.prædiorum. c. de præd. minor.*
in venditione rerum minoris aliquando læſionē interuenire in eo ipſo quòd
minor vendiderit rem quam vendere non expediebat, aliquando in eo quòd
pretium malè conſumpſerit. Ergo ad illum caſum pertinet ea quæſtio quo
de iure in integrum reſtitutionis agi oporteat: quæ tamen cùm nulla hîc pe-
tita eſſet, neque verò peti poſſet, quia, vt diximus, minor pro matre maiore
contraxerat, nihil aliud dicendum ſupererat, niſi vt vindicanti minori ſaltem
doli exceptio obiici deberet. Numquam enim præſumptio eſt pro minore,
quòd pecuniam acceptam perdiderit ad transferendam in aduerſarium pro-
bationem vtilis in minoris rem verſionis, niſi cùm ſolutio facta eſt minori
ex cauſa contractus inutilis & legibus improbati, *l.patri* 27.*ſi pecuniam &*
*ſeq.*D.*de minor.* Hîc autem ſolutio benè rectéque facta fuerat, ſaltem ob acce-
dentem interuenientis iuriſiurandi autoritatem. Nam ſi iuſiurandum in ven-
ditione adhibitū confirmat venditionem, quantò magis confirmabit ſolutio-
nis perceptionem? Minori ſiquidem prohibitum eſt oratione Seueri & Se-
natuſconſulto quod ad eam factum eſt ne prædia ſua diſtrahat, ne verò ſolu-
tionem accipiat prohibitum non eſt. Idque verum eſt admiſſo etiam eo quod
aduerſarius meus vindicandi fundi à tutrice retrouenditi ius haberet. Quan-
quam nec fieri poterat, vt vindicandi ius ei ſupereſſet qui pretium accepiſſet
ſubiecta iuratáque pactione de non petendo cùm ipſam quoque venditio-
nem ratam habuiſſe videretur, non ſecus ac ſi ille ipſe cū iureiurando vendi- 31
diſſet. Illud enim cōſtat eū, qui † rei ſuæ ab alio venditæ pretiū petit, licèt tā-

quam procuator venditoris,hoc ipſo ratam habere venditionẽ, nec eã poſteà
impugnare poſſe *l.ſeruum Titij 49.vbi Bart.notat.D.mandat.* Quid ergo in-
tereſt, an iuſiurandum in apocha & accepti pretij profeſſione adhibitum ſit,
an in ipſa venditione? Nam ſi non cauillamur,an non magis periurus eſt qui
vindicat rem cuius pretium accepit, quod numquam petiturum ſe promiſe-
rat,quàm ſi pretium peteret? Maiorem enim facit iniuriam emptori, qui
n allet vtique bis pretium ſoluere quàm ſoluto iá pretio prætereà re carere,
32 atque ita & rem & pretium amittere. Rurſum nihil vetat venditionẽ † prę-
dij pupillaris quæ ab initio malè facta ſit ob omiſſam decreti ſollennitatem,
poſteà ratam haberi à maiore atque ita irreuocabiliter confirmari *tot.tit. C.
ſi maior.fact.rat. habuer.* Et *tit. ſi maior. factm alien.ſine decret.fact.rat. hab.*
3 Accedebat,quòd accepti † pretij reſtitutionem nullam minor hic offerebat,
ne pro ea quidem parte quæ in rem eius verſa probaretur. Dices,nõ eſſe co-
gendum minorem proprio nomine vindicantem , vt eã pecuniam reſtituat,
quam non proprio ſed procuratorio nomine acceperit. Reſpõdeo,imò verò
cogendum eſſe non ſolùm quòd pretium accipiendo venditionem ipſam, vt
iam dictum eſt,ratã fecerit (quæ res eum obligat ad illa omnia ad quæ obli-
gatus eſſet ſi ipſe vendidiſſet , quia ratihabitio facit & cõſtituit eius negotiũ,
l.ſi pupilli 6.§.item quæritur.9.D de neg.geſt.)ſed etiã quia non extranei pro-
curator fuerat, ſed matris eiuſdémque tutricis, & adminiſtratricis,quæ ſi ipſa
pretiũ accepiſſet, filiũ vtiq.ſiue impuberem,ſiue puberẽ, ſed minorem obli-
gaſſet ad pretij reſtitutionem in caſum petitæ in integrum reſtitutionis:quia
mater quæ filij tutelam aut curam gerit , perſonam ipſius ſuſtinet ac repræ-
ſentat,perindéque ab ipſo minore geſtum videri debet quod à matre aut ab
alio quolibet matris nomine geſtum eſt, atque à matre ipſa,quod eius no-
mine filius minor tanquam procurator fecerit. Et,vt dicam apertiùs, eadem
prorſus ratio conſtituenda eſt minoris,qui vẽditionis per matrẽ factæ pretiũ
accepit procuratorio nomine, iurauítq.numquã ſe contrauẽturum, quę con-
ſtituenda eſſet,ſi is præſente matre curatrice cũ iureiurãdo vendidiſſet,niſi q
priore caſu tutiùs contrahitur cum minore,ne poſſit ille vnquã in integrum
reſtitui,nec ſi lęſio,vt dixi,quantacũque interuenerit,ſi modò indemnitatem
conſequi poſſit ab eo cuius fuerit procurator , qui tamen ſi proprio nomine
præſente curatore etiam cum iureiurando vendidiſſet, nihilominùs reſtitue-
retur,etiamſi mater quàm maximè ſoluendo eſſet *l. 2. vlt.& paſ.C.ſi tut. vel
curat.interuen.* Replicabis, Minorem qui curatorem habeat comparari pupil-
lo ex *l.ſi curatorem 3.C.de in integr.reſtit.minor.* Itaque minorẽ hoc ipſo quod
ſe tutricis ſuę procuratorem dicit,fateri ſe quodammodo pupillum,nec pro-
inde ex iureiurando ſuo efficaciter obligari, cùm noua Friderici conſtitu-
tio ad puberum duntaxat , non etiam ad impuberum pertineat ſacramenta.
34 Sed iam † probaui nõ aliam rationem eſſe pupilli,quàm minoris cuiuſlibet,
adeóque maioris cùm contrahit tanquam procurator,vt nimirum nullo ca-
ſu reſtitui poſſit, ſi non effectu ipſo damnum ſenſurus ſit , licèt iuſiurandum
nullum interuenerit *ex d.l.3.§.vlt. cum ſeq.& l.cùm mandatu 23. D. de minor.*
Deinde pragmaticorum noſtrorum error ille eſt, quòd putant , minorem
qui habet curatorem vſque adeò comparandum pupillo,vt non magis ex iu-
reiurando proprio obligetur, quàm ſi reuera pupillus propo eretur , quem
nos refutauimus *Decad.6.Err.9.* Nõ enim quòd curatorem habet, facit eum
pupillum,ſed tantùm vt pupillo cõparetur,& quidem in quibuſdam,id eſt in
aliena-

Digitized by Google

alienatione rerum ſuarum,de qua in *d.l.ſi curatorem* non etiam in omnibus,
vt ex eo conſtat quod puberes tametſi curatores habeāt ſine curatoribus ſuis
recte obligantur,*l.puberes* 101.*De verb.obligat.* Impuberes verò ſine tutori-
bus non item *l.obligari*.9.D.*de autor.tutor.* Quòd ſi rurſum obiicias, ma-
trem † quæ pupilli tutrix fuit deſinere tutricem eſſe filij pubertate, dicam 35
matrem cui pater non ſolùm tutelam, ſed etiam vt in propoſito admini-
ſtrationem totam mandauerit, curā quoq. mandaſſe videri poſt finitam pu-
pillarē ętatem,pręſertim quādiu tutela per matrē non eſſet reddita,matérque
in adminiſtratione conſentiente filio perſeueraret. Nam & in cęteris tutori-
bus omnib.etiā datis à iudice ad tēpora vſque pubertatis, idem vſuuenit, vt
quandiu tutelæ rationes non reddiderūt, periculo adminiſtrationis obnoxij
remaneant tam de neglectis,quàm de adminiſtratis,perinde acſi tutores ad-
huc eſſent,licèt curatores eſſe nequeant,etiamſi maximè velint. Id enim eſt
quod Calliſtr.ſcribit in *l.à tutoribus* 33.§.1.*D.de admin.tutor.*officiū tutorum
curatoribus demùm cōſtitutis finē accipere,ex eóque tēpore omnia negotia
quæ à tutoribus inita ſunt ad fidē curatorū pertinere: vt intelligamus quan-
diu curatores nulli cōſtituti ſunt,tutoris & officium & periculum durare: &
conſequenter multò magis ex tutore curatorē fieri eum,cui eodē teſtamen-
to & tutela & cura verbis expreſſis mandata fuit, aut quod effectu idem eſt,
adminiſtratio (quo vno nomine non minùs cura, quàm tutela continentur)
cùm neque minoris,neque eius qui tutor fuit, interſit an quaſi tutor conue-
niatur,an quaſi curator,vtraque actione eaſdem præſtationes idémque tacitę
hypothecæ priuilegium habente vt tractant noſtri ad *l.pro officio* 20. *C.eod.*
Sed & in propoſita † ſpecie dicebam non eſſe quærendum an in rem mino- 36
ris verſa eſſet pecunia nécne, quoniam non de pecunia credita tractabatur,
in qua ſolet contra creditorem in dubio reſponderi propter odium credito-
ris,maximè ſi fœnerator fuit *l.1.C.ſi aduerſ.cred.*(de cuius tamen ſentētia di-
cemus aliquando,ſi Deus volet)ſed de pretio retrouenditionis ſoluto,in quo
parciùs & difficiliùs ſuccurrendum eſt minori, quia pecuniam minori cre-
dere non eſt neceſſe,at pretium emptionis ſoluere poſtquam emeris, neceſſe
eſt,inquit eleganter Paul.in *l.quòd ſi minor* 24.*§.reſtitutio.*D.*de minor*: Quòd
ſi in pura primáque venditione id obtinet, quantò fortiùs obtinere debet ſi
non de vēditionis,ſed de retrouenditionis pretio diſputetur? Etſi enim pre-
tium emptionis ſoluere vbi emeris neceſſe eſt, tamen nec emptori emere,
nec minori neceſſe eſt vendere,*l.nec emere* 16.*C.de iur.de lib.*Potéſtque impu-
tari ei qui à minore cōparauit, cur à minore comparauerit & cum eo con-
traxerit. At facta retrouenditione non ſolùm imputari non poteſt vendi-
tori eidémque redimenti cur pretium ſoluerit, quod neceſſariò ſoluendum
habuit vt redimendi iure ſibi iam quæſito vti poſſet, ſed neque minori ſuc-
cenſendum eſt quòd vendiderit eam rem quam retrouendere omnimodo
debuit,ſiue retrouendendi neceſſitatem legis poteſtas induxerit, ſiue æqui-
tas conuentionis quæ de ea re non cum ipſo minore, ſed cum eius patre in-
terpoſita fuerit;quámque retrouendere emptoris heres quilibet etiam ma-
ior omnimodo debuiſſet. Vtitur enim minor iure communi, quoties id
facit etiam † volens, quod & maior & inuitus facere cogeretur: eóque ca- 37
ſu tritum eſt denegandam ei in integrum reſtitutionem ſi tanquam minor
reſtitui velit *l.vlt.C.de in integr.reſtit.minor.l.verum* 11.*§.ſciendum,& ſeq.l.in-
ter eos* 51.*§.cùm inter.* D. *de fideiuſſ.* quia vt eſt in iuris regula, non capitur,

Digitized by Google

qui ius publicum ſequitur *l.nihil conſenſui* 116.§.1.*De regul.iur.* Atque in hac
38 rem textus † omnium accõmodatiſſimus eſt in *l.in pupillo* 47.D.*de ſolut.* vbi
Marcianus poſtquàm ſcripſit, in pupillo cui ſine tutoris autoritate ſolutum
eſt, ſi quæratur quo tempore ſit locupletior, tempus quo agitur inſpici opor-
tere, ſubiicit ex Scæuola, planè interdum quaſi locupletiorem factum intel-
ligi pupillum, etiamſi res perierit ante litem conteſtatam, id eſt, inquit, ſi ne-
ceſſariam ſibi rem emit, quàm neceſſariò de ſuo erat empturus: nam hoc i-
pſo, ait, quo non eſt pauperior factus, locupletior eſt. Quo exemplo idem
quoque in filiofamilias probandum eſſe vult vt Macedonianum ceſſet ſi in
neceſſarias cauſas filius mutuam pecuniam acceperit, quam poſteà perdide-
39 rit. Similiter igitur dicendum eſt, in propoſito locupletiorem † intelligi fa-
ctum pupillum qui rem eam retrouendidit, quam pater ſi viueret retrouen-
dere omnimodo deberet, hoc ipſo quo pauperior factus non eſt, cùm neceſ-
ſariò vendiderit, quia liberauit ſe ab obligatione illa retrouendendi, à qua
ſi non eſſet liberatus, condemnari nunc deberet vt de ſuo præſtaret quanti
ex ea cauſa venditoris intereſſet. Vt taceam quod iam ſæpiùs repetij locu-
pletiorem pupillum factum eſſe in eo quoque quod venditionis pretium
integrum ei reſtitutum eſt, ſine vlla imputatione fructuum quam alioqui
nunc, & re adhuc integra pati cogeretur. Itaque cùm cauſa retrouendendi
prorſus neceſſaria fuerit, vt probauimus, nec negari poſſit quin is qui retro-
uendidit ſiue impubes, ſiue pubes, ſiue maior fuerit, hoc ipſo locupletior fa-
ctus ſit inſpecto tempore retrouenditionis, conſequens eſt vt quamuis ex
poſtfacto pecuniam perdiderit, nihil tamen debeat euentus ille nocere ven-
ditori qui in redimendo & ſuo communi iure vſus eſt, eíque cum quo con-
traxit, lucri tantùm non etiam damni occaſionem præbuit. Plus dico, e-
40 tiamſi is qui † rem ſuam vendiderat patri pupilli ſub pacto de retrouenden-
do poſtmodum pecuniam illam pupillo obtuliſſet, ſoluiſſétque, non modò
tanquam procuratori (qui caſus nullam ſanè dubitationem admittere ex ſu-
perioribus poteſt) ſed etiam tanquam perdituro, non eò minùs tamen ſecu-
rum ipſum fore: quia non debuit pretium pupillo iure obligationis à qua
liberationem conſequi debeat, ſed tantùm, quod ſummoperè notandum eſt,
ſi pragmatici percipere poterunt, iure implendæ conditionis: quia ſolutio
illa pretij hoc caſu nonniſi in conditione poſita eſt. Tota enim obligatio
verſatur ex parte emptoris, qui retrouenditionem promiſit ſub ea conditio-
ne ſi pretiũ ſibi reſtituetur: vt pleriſque huius Decadis locis à nobis tracta-
tum probatúmque eſt. Quæ conditio pro impleta habetur, non ſolùm ſi pre-
tium re vera numeratum ſit, & in rem emptoris, aut eius qui emptori ſuc-
ceſſerit vtiliter impenſum, ſed & ſi oblatum duntaxat fuerit, & per empto-
rem ſteterit, quominùs acciperet, *ex l.iure ciuili* 24.D.*de condic & demonſtr.l.
Labeo ſcribit* 50.D.*de cõtr.empt.l.in illa ſtipulatione* 50.*l.in executione* 85.§.*vlt.
De verb.oblig.& aliis ſexcentis vulgaribus.* Itaque finge oblatum fuiſſe em-
ptori pretium ſed ab emptore recuſatum. Perinde tenebitur emptor ad re-
41 trouendendum, quaſi impleta iam conditione. Finge cùm † heres nulluſdum
appareret obſignatum fuiſſe pretium, vt in *l.vlt.D. de leg.commiß.* poſteà ve-
rò caſu aliquo, aut vi maiore deperditum. Salua nihilominus erit actio ven-
ditori. An quòd obſignatio hoc caſu ſolutionis loco ſit, vt quidam putant?
Minimè. Neque enim potuit ſolui, ſi non erat qui ſolueretur: nec poteſt fi-
ctio locum habere in eo caſu quo nec ipſa rei veritas locum habere poſſet:

ſed

ſed quoniam ad implendam conditionem ſufficit non ſtare per venditorem quominùs eam impleat: quomodo vtique non ſtat per eum, qui nemine exiſtente cui offerre poſſit, obſignat, qui ſi haberet cui offerret, obſignare non cogeretur. Nec quòd emptor aut emptoris heres pupillus ſit, ad rem facit: quia conditiones omnes facti ſunt, non iuris, eorum autem quæ facti ſunt perinde capax eſt pupillus, adeóque ſeruus, alioqui iure ciuili incognitus, atque alius quilibet: vnde illud eſt quod in † pupilli quoque & ſerui perſona 42 conditio impleri vtiliter poteſt, etiam ſine domini vel tutoris autoritate *l. Stichũ* 95. *§. vſumfructũ* vbi DD. notant D. *de ſolut.* Bart. ad *l. Lucius* 46. *§. tutela. D. de admin. & peric. tutor. l. qui heredi* 44. D. *de condic. & demonſtr. l. Maeuius* 55. *eod.* vbi Iauolenus eleganter & ad rem noſtram accommodatè ſcribit, eum cui fundus legatus erat, ſi Callimacho, cum quo teſtamenti factionem non habebat, ducenta dediſſet, conditioni parere debere & ducenta Callimacho dare, vt legatum fundum conſequatur, licet nummos non faciat accipientis. *Quid enim intereſt*, inquit, *vtrum tali perſonæ dare iubeatur, an aliquo loco ponere, vel in mare deiicere?* Cui nõ abſimile eſt, quod Scæuola reſpondit in *l. heredibus* 77. *§. Titius* D. *ad S.C. Trebell.* filiam ſuſceptam ex matrimonio cum furioſa contracto perinde facere vt deficiat conditio fideicõmiſſi ſub ea cõditione relicti, ſi ſine liberis furioſa moreretur, atque ſi legitimum matrimonium contraxiſſet. Rationem Claudius reddit, qui ad Scæuolam notas ſcripſit, *nam etſi matrimonium cum furioſa non fuit, ſatis tamẽ factum eſt eiuſmodi conditioni.* Vt intelligamus in conditionibus † implendis factum duntaxat non etiam ius conſiderari, indéque fieri vt in furioſi & pupilli, æquè ac cuiuſlibet alterius perſona conditio impleri poſſit. Nam & ſi 43 pactum de retrouendendo conceptum eſſet ſub ea conditione *ſi intra triennium venditor pretium venditionis quod ab emptore accepiſſet in mare proijceret,* dubitari non oporteret, quin defuncto interea emptore qui pupillum heredem reliquiſſet, conditioni paruiſſe venditor videretur, qui pretium illud in mare proieciſſet: neque pupilli perſona eſſet impedimento, cum qua neque geſtum fuiſſet quicquam, neque geri debuiſſet, tametſi impleta conditio faceret, vt maneret ille obligatus purè ad retrouendendum, nulla etiam accepta pecunia. Cur enim aliud pretium reſtituere vẽditor teneretur, qui iam quod reddere debuerat, in mare proieciſſet, ex ipſa venditionis lege, & emptore ipſo ita volente & iubente? Eadémque ratio facit vt è contrario liceat pupillo † implere cõditionem ſine tutoris autoritate, tum etiam cùm impleta conditione reperitur ille obligatus, qui alioquin non eſſet, *l. conditionibus* 44 5. D. *de condic. & demonſtr. l. ſi pupillus* 26. D. *de condic. inſtit.* Cur nõ ergo multò magis licebit ei, qui non cum pupillo ſed cum pupilli patre contraxerat, vt in eius perſona impleat conditionem, quanuis ea impleta futurum ſit vt pupillus purè obligatus appareat ad retrouendendum, præſertim verò ſi vt in propoſito lucrum ille ſenſerit ex implemento conditionis? Quare nec ad rem pertinet, ſi quis dicat obligari emptorem † vt non modò tradat pretium, ſed 45 etiam tradendo faciat accipientis, in eóque duriorem eſſe emptoris cauſam quàm venditoris qui rem tradere duntaxat tenetur, non etiam dare, *l. ex empto* 11. *in princip. & §.* 1. D. *de act. emp.* Id enim tunc verè dicitur, cùm quis emit, non cùm redimit, quia hoc caſu rei quæ retrouenditur dominium ad venditorem primum recurrit, non tanquã ad emptorem, ſed tanquã ad venditorem, neque tã ex cauſa ſoluti pretij quàm ob legem venditionis, quæ ab

initio talis dicta fuit. Adeò vt neque de pretij reſtitutione hoc caſu tractan-
dum vllomodo eſſet, ſi non poſita eſſet in conditione, qua omnimodo & an-
te omnia impleri neceſſe eſt: denique pretij ſolutio cùm venditio ſit tota eſt
in obligatione, emptórque tanquàm emptor ad ſoluendum pretium obliga-
tur: pretij reſtitutio cùm retrouenditio ſit nõ niſi in conditione eſt, quę por-
rò non eò minùs impleta intelligitur, quòd ſolutæ pecunię dominiũ non po-
tuerit transferri in accipientem, *d.l. Mænius* 55. *De condic. & demonſtr.* Tãtum
abeſt vt ſemel impleta bene conditio adeóque tranſlato in pupillũ dominio
pecuniæ ſolutæ, ob id ſolùm deſinat haberi pro impleta, aut potius incipiat
haberi non impleta, quod eam pecuniam ſine tutoris autoritate acceptam pu-
pillus perdiderit maléque conſumpſerit: verúmque eſſe quod diximus, ven-
ditorem hoc caſu pretium reſtituere non tanquam emptorem, ſed tãquã ven-
ditorem, ex eo apparet quòd neque fieri poteſt etiãſi maximè velit vt emptor
ſit ante factam retrouẽditionem: quæ porrò neque fieri neque peti poteſt niſi
pretio priùs reſtituto conditionis implendæ cauſa. Hæc verò quæ nos hacte-
nus contra pupillum diſputauimus, cum omni caſu procedunt, tum eo ma-
ximè quo pupillus efficacem regreſſum habere poſſit contra tutricem quæ ſit
ſoluendo, ad quam proculdubio periculũ pertinet pretij quod implendę cõdi-
tionis cauſa pupillo numeratum eſt ea ſciente & iubente, cùm ad eã ſpectaret
vt prouideret ne pretium perderetur. Sicut ex contrario dicimus cogẽdos tu-
tores præſtare periculũ neglectæ cõditionis, quã pupilli nomine ad actionem
aut rem aliã conſequendam implere debuerũt, *l. pupillorum*, 21. *C. de adm. tutor.*

46 Et quamuis † dici ſoleat in arbitrio & electione pupilli eſſe an cõtra tutorem
agere velit, an cõtra eũ potiùs cũ quo cõtraxit tutore autore, *l. 2. vlt. & paſſ.
C. ſi tutor, vel curat. interuẽ.* Tamẽ id tunc obtinet, cũ pupillus aut minor agit
aduerſus eũ cui põt imputari cur cũ pupillo aut minore contraxerit, nõ etiam
cùm alia ratio ſuccurrẽdi pupillo vel minori nulla eſt, quã ne pupillus aut mi-
nor in damno moretur, vt euenit quoties nõ incidit pupillus aut minor in eũ
cũ quo agit, ſed is cũ quo agit in pupillũ aut minorem, vt in propoſita ſpecie
euenerat. Æquè.n. indẽnis ſeruatur vtroq; caſu minor, nec tãta ſit iniuria ei cui
nihil imputari põt ſi nõ niſi in ſubſidiũ cõueniatur, vt alio huius Decadis loco
docuimus ex Ruino *cõſ. 119. col. pen. vol. 5. &* Rolãd. *à Vall. conſ.* 10. *nu. 18. & ſeq.
verſ. verùm quia opinio. vol. 2.* Atqui in ea ſpecie quæ tractabatur, defendebam
tutricem eſſe ſoluendo: quæ etiamſi non eſſet, priùs tamen patruum eundém-
que contutorem conueniendum eſſe dicebam, qui proculdubio ex contu-
tricis adminiſtratione ſaltem in ſubſidium tenebatur, quamuis nihil ipſe geſ-
ſiſſet, *l. 2. C. de diuid. tutel. l. 2. C. ſi tut. vel curat. geſſ. l. cùm interdicta*, 6. *C. ar-
bitr. tutel.* Indéque inferebã, nihil prorſus eſſe, propter quod aduerſario meo
47 ſuccuri deberet, tametſi mater ſoluendo non eſſet, quia nimirum contutori
huic, quem locupletiſſimum fuiſſe conſtabat ipſe hæres extiterat, atque ita
ſibi ipſi ſoluiſſe videbatur quicquid ex cauſa tutelæ ſiue à matre, ſiue à con-
tutore ipſo, alióve contutoris herede petere ipſe potuiſſet. Creditor enim
adeundo hereditatem debitoris intelligitur ſecum penſaſſe, tum quoque
cùm ſoluendo non eſt hereditas, quando cæteris etiam creditoribus tenea-
tur, *l. quæ dotis* 33. *D. ſolut. matr.* Soluendo enim eſt omnis hereditas quę inue-
nit heredẽ, *l. 3. D. ad leg. Falcid. l. libertus*, 36. *D. de bon. libert.* Dices, ſemper in
damno morari minorem hunc, qui, ſi mater ſoluendo eſſet, tantũ locupletio-
rem

rem haberet patrui hereditatem, quæ illo caſu ex ære alieno matris non mi-
nueretur. Reſpondeo ad rem hoc non pertinere. Vt enim reſtitutio minori
denegetur, præſertim qui tanquam procurator contraxit, aut qui tanquam
pupillus agere velit aduerſus eum cui nihil imputare poſſis, ſufficit poſſe eũ
ſeruari indẽ..ẽ ratione tutelæ aut ſuſcepti mandati, id eſt vt nullo damno af-
ficiatur ob id quod vel in tutela fuerit, vel mãdatũ ſuſceperit *d. l. cũ mandatu*
23. D. de minor. Quod enim poſteà tantò minorẽ conſequitur hereditatem e-
ius ex cuius bonis indemnitatem nanciſcitur, extra damni cauſam eſt, nec niſi
ad lucrum amiſſum pertinet, cuius amittẽdi nec alia cauſa eſt quàm quòd ab
eo indemnis ſeruari debuerit, cuius nũc habet hereditatẽ: quã porrò ſibi ac-
quirere nullomodo potuit niſi cũ ſua cauſa Nemo autẽ neſcit lõgè aliud eſ-
ſe ſi quis lucrũ amittat, aliud verò ſi dãnũ ſentiat *l. quod autem 6. in princip.* &
§. 1. D. quæ in fraud. credit. Sed & me † omnium maximè illud mouebat, quod 48
totũ h c retrouẽditionis pretiũ in aduerſarij mei vtilitatẽ verſum eſſe cõſta-
bat, impenſumque iis dimittendis creditoribus quibus fuerat ille iuſtiſſimis
& hereditariis de cauſis obligatus, & contra quos nullã ipſe petierat in in-
tegrũ reſtitutionẽ: quam & ſi nõ modò petiiſſet, verũ etiam impetraſſet, non
tamen contra me ex cuius pecunia dimiſſi erant, ſed contra eos potiùs agere
debuiſſet, ſi pecuniam illã fuiſſe indebitam probare vellet. Qui enim creditori
pupilli ſoluit, non eo minùs pupilli negotium vtiliter geſſiſſe videri debet,
quòd aduerſus eum creditorẽ potuerit pupillus impetrare reſtitutionẽ, præ-
ſertim ſi nondum eam impetrauit. Verum enim eſt quod Paulus ſcribit in *l.*
exceptiones quæ perſonæ 7. in fin. De except. Tùm etiam cùm minor annis vi-
gintiquinque in re ipſa circumſcriptus eſt, nullũ ei dandũ eſſe auxiliũ ante-
quàm fuerit reſtitutus. Ideóque negari non poteſt, quin tantiſper ſaltem pu-
pillus factus ſit locupletior, qui à ſuis creditoribus ex pecunia mea fuerit li-
beratus, & conſequenter quin doli exceptione repelli debeat ſi lucrum captet
ex damno meo, nullaque pretij reſtitutione oblata pergat vindicare fundum
etiam ſine decreto, inutiliter alioquin, & contra orationem Seueri alienatum
d. l. ſi fundus, 13. §. 1. D. de reb. eor. qui ſub tutel. Nam & ſi minor qui à me pecu-
niam mutuam accepit eandem poſtmodũ alij egeno debitori crediderit, po-
teſt quidem contra me reſtitui tanquã læſus propter egeſtatem ſui debitoris,
(ſine qua certè neque læſus neque reſtituendus eſſet) ſed ita tamẽ vt quas ha-
bet contra debitorẽ ſuum actiones præſtare teneatur. *d. l. patri 27. §. ſi pecuniã.*
D. de mino. Quã verò actionẽ præſtare mihi poſſet is, qui à ſuis creditorib. ex
mea pecunia liberatus eſſet? Nullã prorſus, ne quidẽ in integrum reſtitutionẽ,
tametſi ante factam à me ſolutionẽ aduerſus eos reſtitui minor potuiſſet, quia
ſicuti ſolutione ſublata eſt omnis obligatio, ita & omnis ſpes & materies re-
ſtitutionis in integrũ, cùm obligationem aliquam ſubeſſe neceſſe ſit aduerſus
quã reſtitutiò peti poſſit, *arg. l. qui cõtra 11. D. de fideiuſſ. l. Stichũ aut Pamphilum*
95. §. quod vulgò de ſolut. de cuius ſentẽtia & lectione ſcripſimus *lib. 7. Coniect.*
Neque hic qui minoris creditori ſoluit mandãte minore ſimilis eſt ei qui de-
bitorẽ ſuum minorem circumſcriptum delegat ſuo creditori, de quo in *l. doli*
19. §. diuerſum. D. de nouat. Minor. n. illo caſu reſtitui poteſt aduerſus delega-
tionẽ perinde ac poterat reſtitui contra me, quia in delegatione ipſa rurſum
circumuenitur, vt eo loco Paul. ſcribit. At non circumuenitur minor à me,
cũ ex pecunia mea liberatur ab alio creditore cui efficaciter erat obligatus,
ita vt ab eo cõueniri poſſet, quãuis potuiſſet minor aduerſus eam obligationẽ

petere in integrum reſtitutionē, quia ſufficit quòd non fuerit petita reſtitutio ante ſolutionē, vt appareat ſolutū fuiſſe vero creditori *d.l.exceptiones.* Eſtque hic caſus ex eorū numero in quib. minori per in integrū reſtitutionem ſubuenire impoſſibile eſt quòd res integra eſſe deſierit, deficiátque materia reſtitutionis, cū nulla ſupereſt obligatio quæ per reſtitutionē reſcindi queat, *l.verũ 11.§.1.l.quòd ſi minor 24.§.Scæuola.D.de min.* Nam neq; obligati erāt creditores quos pecunia mea dimiſeram, cū nō niſi ſuum accepiſſent: neq; ego qui mandante minore eiúſve tutrice aut curatrice ipſis ſoluerā. Nemo.n.pro alio ſoluēdo ſe obligat, ne tū quidē cùm ſolutio nullā parere pōt liberationē, ſed acquirit ea res ſoluendi cōdictionē, *l.cū quis 38.§.1.& §.qui hominem. D.de ſolu.l.Neratius 63.D.de cōd.indeb.* Planè ſi pecuniā illam quā pupilli minoríſve creditoribus ſoluiſſem ab eo repoſcere vellē, poſſet fortaſſe quæſtio illa ſupereſſe, an pupillo cōtra me reſtitutio in integrū dari deberet, ne condēnaretur. Sed cū neq; aduerſario eſſem obligatus, neque ille mihi facta iā retrouēditione pro qua extorquēda pecuniā numerauerā; apparebat nullā ſubeſſe obligationē, quæ aut petendæ reſtitutioni; aut proponendæ quæſtioni de in rē verſa pecunia locum relinquere poſſet. } Obiiciebat † poſtremo loco aduerſarius
49 inutilem fuiſſe retrouenditionem quam mater tutrix feciſſet inſcio & abſente contutore. Sed leuior erat hæc obiectio quam vt reſponſionem mereretur. Conſtat enim pluribus tutoribus ſimul datis, ſiue à teſtatore, ſiue à iudice, ſingulos in ſolidum & agere & conuenīri poſſe, omniáque gerere quæ ad tutelam pertinent, ſi non diuiſa ſit ab ipſo teſtatore, vel à iudice adminiſtratio, *d.l.2.c.de diui.tutel.l.inter tutores 36.* vbi eſt Papin. textus perelegans. *De admi. & peric. tut.* Denique aduerſarium meum ea ſemper ratio repellebat, quòd retrouenditionem ſi a matre facta non eſſet, ab ipſo nunc fieri oporteret ex neceſſitate obligationis à contractu paterno iuncta legis poteſtate & interpretatione propter læſionem enormiſſimam deſcendentis: quódque ipſius negotium vtiliter geſtum fuerat ob remiſſam à me fructuum reſtituendorum imputationē, quā ſi res adhuc integra eſſet, etiamnum pati aduerſarius cogeretur. Quid Senatus noſter pronunciaturus ſit, neſcio. Sed tamen dubitare nec poſſum, nec debeo quin pro ſua ſolita grauitate & prudentia æſtimaturus ſit omnia ſuo more, ex vera rectáque certiſſimi iuris ratione: plúſque autoritatis prudentum noſtrorum reſponſis, quàm pragmaticorum imperitiæ daturus.

FINIS DECADIS XXV.

INDEX

INDEX LEGVM SEV TEXTVVM IVRIS IN HOC OPERE DECLARATORVM, AVT EMENDATORVM.

Ex Digeſt.lib.

L.4.D. de iuriſd. 254.12
L ſi reus.73.D.de procura. 608.9
L. in cauſſæ.13. §. interdum. D.de minorib. 150.7.& 153. 4
L. in cauſſæ.13.§.interdum.D. eod. 153. 4. 156. 5.165. 9.& §. idem Pomponius,D.eod.213.7.
L.ſi in emptionem.35.D. eod. 642.3
L. Aemilius.38.D.eod. 730. & ſeqq.
L.cùm miles, 30. D. ex quibus cauſ. maior. 113.8
L.venditor.46 D.de iudic. 149.5
L.Papinianus.8.§.vnde ſi quis.D.de inoſ.teſt. 284.11. & §.ſi quis impubes.14
L.cùm mater.18.D.de inoſſ.teſt. 554.5
L.ſi nauis.62. D. de rei vindicat. 266.11
L. qui reſtituere.68.D.eod. 481.5.& 489.1.
L.1. D.ſi ag.vectig. 688.8
L.dominus. D.de vſufr. 663.6
L.penult.D.fam.erciſc. 265.4
L.vlt. D.de interr. in iur. fac.62. 10. & ſeqq.
L.1.D. de iureiurand. 507.7
L.admonendi 31. eod. ibid.
L.numis.3.D.de in lit.iur. 474. 5.& ſeqq.
L 4 § iurare. D.de in lit. iurand. 500.2.
L.in actionibus.5. §.planè.D. de in lit. iuran. 472.5.
L. cùm furti 9.D.de in lit. iurand. 463.5
L.dominus.33.D.de cond.indeb. 658.9
L.in re furtiua 8.§.1.D. de cond.furt. 454.1. & ſeqq.
L.penult.D.de cond. triticaria. 450.7
L. vlt D.eod. 447.7
L.vlt.D.de condict.triticar. 442.4
L.3.§.in hac.D.Commodat. 464. 1. & ſeqq. 468.17.& 427.1.& 442.5.
L.quamuis 6. D.de pign.act. 16.17.
L.ſi cùm venderet. 13. D.eod. 621.3. & ſeqq. 625.2.& ſeqq.
L.vlt.§.ſi ea conditione. D.ad l.Rhod. de iact. 504.5
L.cùm debitor. 8. D. in quib.cauſ. pign. vel hypoth. 212.4.& ſeqq.
L.ſi creditor.7. §. vlt.D. de diſtract. 670.5
L. ei apud quem. 53. in pr. D. de depoſ. 469.3
L.ſi mandatu.59.D.manda. 218.3
L. vlt. D. de contrah.empt. 571.2
L. 4. §.ſed & Marcellus. D. de in diem add. 618.16.19.
L.ſi fundus. 4.§.ſed quod. D.de leg.commiſſ. 735.11.
L. 4. §.vlt.D. de leg. commiſſ. 711.12
L.3. §. cùm per venditorem.D. de act. empt. 453
L.ſi ea res. 31.§. vlt. D. de act. empt. 695. 15
L. item ſi pretio. 22.§.1. D. locat. 213.7
L.& ideo.23.D.locat. 197.8
L.ſi fundus.16. §. ſi duo. D. de pignor. 582.2. & ſeqq.
L.ſi fundus.16. §. in vindicatione. D. de pignor. 481.4.& 577.4.
L.ſi fundus 16. §.vlt.D. de pignor. 563.4
L.ſi inter.21.§ vlt.D de pignor. 480.3
L. lex vectigali.31.D.de pig. 639.21.& 635.5
L.Titius 34. D. de pign.act. 566.14
L. poſt diuiſionem.3 D. qui pot. in pig. hab. 667.3
L. cùm ſecundus.5.§.1. D. de diſtract. pign. 218.3.
L.ſi ſeruus.21.D. de euict. 216.5
L.cùm quidam.17.§.vlt.D.de vſur. 238.7
L.vſuræ.34.D.de vſur. 266.10
L.lite.35.D.de vſur. 266.9
L.ſi filiofamilias.25.§. vlt. D. ſol. matrimon. 674. 3.
L.1. D.rer.amotar. 459.13
L penult. D.rer.amot. 459.9
L. tutor pro pupillo.28.§.1.D.de adm.& per. tut.618.9.
L. ſi poſthumus. 14. D. de liber.& poſthum. 415. 16
L. filio præterito. 17. de iniuſt. rupt. & irr. ſac.teſt. 410.77
L.filio præterito.17.D.de iniuſt. rupt. & irr. 541 5
L.pen.de iniuſt.rupt. 415.16

Digitized by Google

L.1.§.ſi ex fundo. D. de her. inſtit. 404.6
L.quoties. 9. §. ſi duo. D. de hered.inſtitut. 413.14.
L.C. D.de her.inſtit. 404.7
L. ex facto. 39. D. de her. inſtit. 417.4
L. ſi ita quis. 74. D. de hered. inſtituend. 410.4
L.vlt.D. de her.inſtit. 554.4
L.ſi plures. 10.§.filio impuberi. D. de vulg. & pup.ſubſtit. 363.4
L.ſi de eo.§.1. D. de acq.her. 109.5
L. ab inteſtato. 16. D. de iur. codicill. 547.7
L. Titia.87. §.vſuras. D. de legat. 2. 270.12
L.cùm auus.102.D. de cond.& demonſtr. 556 1.& ſeqq.
L.computationi.aliàs l.hereditatum. D.ad l. Falcid. 235.5
L.cum quo.56 §.vlt.D.ad l.Falcid. 335.12
L.ſi quis priore.29.D.ad SC. Trebell. 41.5. & ſeqq.
L.1.§.ſi parens. D.ſi à par. manum.quis fuer. 369.6
L.1.§. ſed ſi emerit. D.ſi quid in fraud. patr. 202.5.208.8
L.1 §. ſed videndum. D. de ſucceſſ. edict. 80.15
L.ſi finita §. Iulianus. D. de damn. infect. 253.9.& ſeqq.
L. in diem. 8.D. de aq.pluu.arc. 632.10
L.quæſitum.40. D. de acquirend. rer. dom. 268.5
L.ſi de eo 40.in pr.D. de acq.poſſeſſ. 90.11
L.ſi de eo.§.1. D. de acquirend. poſſ. 88.15
L. 1. §. præterea ſciendum. D.de ſeparation. 38.10
L.ſi alius. 7. §. eſt alia. D.quod vi aut clàm. 504 6
L.ſemper.15. ſed quod interfuit.D. quod vi aut clàm. 456.6
L.3.D.de exception. 717.10
L. a Diuo Pio.15 D. de re iudic. 263.3
L. cùm quis 22. D. de obligat. & act. 441.4
L.ſi quis cum alter.36. D.de verb. oblig. 24. 12.& 26.24
L.quoties.59. D. de verb. obligat. 437.5.& ſeqq.
L. quoties.59.D.de verb.oblig. 4315
L.puberes.101.D. de verb. obligat. 147.4
L. Calpur.45 D. de ſolut. 566.15
L 2.§.quæſitum.D. de priuat. delict. 455.7.& 13.14
L ſi qui mihi. 28.D. de iur.fiſc. 129.5
L. Moſchus.47.D.de iur.fiſci. 123.7
L.cura. 4. §. deficientium. D. de muner. & honor. 337.19
L. hæc verba.23.D. de verb ſign. 165.13

Ex Codice.

L. [illegible] C. de prec ib. Imp. offer. 701.4. [illegible] & ſeqq.
L.vniuerſa.4.C. de precib.Imp.off. 715.5
L.vlt.C.de pact. 304.9.& ſeqq.
L.1. Cod. de dol. 216.4. & ſeqq. 218. 1. & ſeqq.
L.ſi ſuperſtite.5.C. de dol. 25.22
L.ſi ſuperſtite.5.C.de dol. 343.11
L. vlt.C.qui & adu. quos in integr.reſt. non poſſ. 346.16
L.2. C. vbi & apud quem & cognit.in integ. reſtit.ag. 161 1.& ſeqq.
L.vlt. C.ſi maior. fact. al.fact. ſin. decr. rat. hab. 350.4
L. 1. C. vbi in rem act. exerc. debeat. 149.7
L.3. C. de inoff. teſt. 379.2
L. 30.C.de inoff.teſtam. 380.4
L. quoniam in prioribus.32. C. de inoff. teſt. 380.4.382.1.
L.ſi quando.§.& generaliter.C.de inoff.teſt. 308.8
L.ſcimus. §. repletionem. C. de inoff. teſt. 394.4
L. vlt. §. cùm autem C. de inoff. teſt. 391.6
L. maioribus.3. C. commun. vtr.iudic. 168.9. & ſeqq.
L. Maioribus.3. C.commun.vtr.iudic. 183.17. & ſeqq. 192.3
L.1.C. de reb. credit. & iureiu. 519. 6. 522.14
L.3.C. de iureiur. 507.9
L.generaliter. 12.C. de reb. cred. & iureiur. 507. 11. & 508.1. & ſeqq.
L vlt.C.de reb.credit. 518.5.& ſeqq
L ſi pro mutua.8.C.ſi cert.petat. 240.16
L.ſi ea pactione.14.C. de vſur. 223.11
L.eos.26.C. de vſur. 238.8.9
L.hereditas.5.C.de pact.conu. tam ſup. dot. 357.6
Titul.Cod. de reſcind. vendit. 170.20
L.2.C. de reſcind. vendit. 167.8
L. 2. C. de reſcindend. vendition. 201.1. & ſeqq.
L.2. C.de reſcind. vend. 177.2. & ſeqq.
L.2. C.de reſcind.vend. 172.1.& ſeqq.
L.ſi voluntate.8. C.de reſcind. vend. 169.15
L ſi quos.16.C.de reſcind. vend. 261.4
L.ſi ouis conductionis. C. de locat. 139. 1. & ſeqq.
L.2.C.de pact.int.vend.& emptor. 593. 3.& ſeqq.
L. 2. C. de pact. inter emptor. & vendit. 241.1
L.initio. 5. C.de pact. int. empt. & vendit. 267.16
L. ſi à re 7.C.de pact. int.empt. &vend 615.6
L.ſi à re. 7. C. de pact. int. empt. & vendit. 708.1.& ſeqq.
L.in rebus.30.C.de iur.dot.67 .5
L.ſi circumſcripta.6.C.ſolut.matrim. 199 11
L.1.C.de vſur.pupil. 259.10
L.vlt.C.de pact.conu.tam ſup.dot. 129.7.8

L.ſi

Digitized by Google

L.ſi Titius.16.C.de condit.inſtit.413.13
L.licet.8.C.de iur.deliber.80.17
L.vlt.C.de iur.deliber.37.1.& ſeqq.
L.vlt.§.in computatione.C.de iur.delib.45.11.47.10
L.vlt.§.fin autem.C.de bon.quæ lib.71.10
L.1.C.de præſcrip.30.vel 40.annor.261.4
L. ſicut. 3. C. de præſcript.30.vel 40.annor. 81.21
L.iubemus.6.C.ad SC.Trebel.276.1.& ſeqq. 277.1.& ſeqq.
L.2.C.ad SC.Trebell.294.9
L.vlt.C.de acq.poſſ.91.1. & ſeqq.
L.vlt.C.de acq.poſſeſſ.89.6.7
L.vlt.C.de acq poſſeſs.86.1.& ſeqq.
L.vlt.C de acq.poſſ ſs 101.3
L.creditores.3.C.de pign.668.4
L.2.C.de præt.pign.265.2
L.vlt.C.de pact.pign.160.11.& ſeqq.
L.ſi in hoc.14 C.de diſtract.pign.22.14
L.pro debito.6. C.de bon.aut. iudic poſſid. 16.14
L.vnic.C.de iur.dom.impetr.230.1.& ſeqq.
Titulus Cod.Creditorem euictioné pignoris non debere.31.1.& ſeqq.
Tit.Cod.etiã ob chirogr.pec.pign.ret.poſs. 13 8.7
Titulus C.etiam ob chirograph.pecun.pign. retineri poſſe 30.1.& ſeqq.
L.2.C.ſi antiq.cred.pig.vend.21.8
L.ſi vt proponis.4. C.de ædific. priuat.219.10
L.meminerint.6.§.1.C.vnde vi.87.11
L.ſi quando.9.C.vnde vi.498.2
L.vlt.C.qui bon.ced.poſs.716.4
L.3.C.de iur.fiſc.261.4
L.2.C.de fid.& iur.haſt.fiſc.261.5.& 262.8

Ex Nouell.

Nouell.1.de hered.& falcid.§.ſi verò non fecerit.45. 47.10
Nou.1.277.3 & ſeqq.
Nou.18.de trient.& ſemiſs.399.7
Nou.39.de reſtitut.& ea quæ par.535.4
Nou.115.vt cùm de appellat.§. aliud quoque cap.519.1.& ſeqq.
Nou.115.vt cùm de appell.§. aliud quoque capitulum.371 2.& ſeqq.
Nou.115.p.424.11
Nou.136.238 9.
Leonis conſtitutio 19.356.4

Ex Inſtit.

§.nunc admonendi.Inſtit.quib.alien.lic. vel non.270.11
§.ſed quia.Inſt.de fid.hered.295.10

Ex iure Canonico.

Can. redintegrandæ. 3. quæſt. 1. 177. 2. & ſeqq.
Cap. Conſtitutus. De in integr. reſtit.in 6. 166.15
Cap.ſignificante.extr.de pignorib.580.5

INDEX RERVM ET VERBORVM MEMORABILIVM QVÆ IN HAC PRIMA PARTE OPERIS ADuerſus errores pragmaticorum proponuntur & declarantur.

A

Beneficium Abſtétionis à prætore datum eſt impuberibus etiamſi ſe immiſcuerint, & quidem citra opem reſtitutionis.72.2. puberibus verò ſi ſe non immiſcuerint, at poſt immixtionem indigent reſtitutione 72.3
Cùm de ſui heredis Abſtentione quæritur impubes à pubere ſeparandus eſt, itémque minor à maiore 72.1
Abſtentio ſui heredis quid ſit 72.3
Acceſſiones frumenti, hordei & olei mutuo dati etiam ex nudo pacto præſtandæ ſunt 9.12
Acquiſitio rei venditę ſub pacto de retrouendendo an irreuocabilis 614.1.& ſeqq.
Actiones quædam cur temporales dictæ 734.10
Actio ad exhibendum eſt in perſonam, licet ſit in rem ſcripta & præparatoria vindicationis 35.11.& 37.3.8
Non datur niſi contra eum qui poſſidet, aut dolo deſijt poſſidere 35.12
de viribus Actionis priùs quæri oportet, quàm de viribus exceptionis 77.6
Actio præſcriptis verbis ex quibus con-

entionibus competat 9.13
Actio interrogatoria in quem detur 63.12. vnde naſcatur 13
in perſonalibus Actionibus actor forum rei ſequitur 161.2
quæ Actiones cumulari queant 150.8
Actio de eo quod vi metuſve cauſſa geſtum eſt, qualis ſit & aduerſus quem detur 151.9
Actio reſtitutoria ex capite de dolo non admittit cumulationẽ iudicij reſciſſorij 151.10
Actiones non aliis dantur quàm quorum intereſt 551.11
Actio litigioſa nec vendi nec exerceri poteſt 319.11
perſonales Actiones olim perpetuæ fuerunt, prætoriis exceptis 81.19. quæ actiones perpetuæ dicantur. ibid.n.20
diſcrimen inter hypothecariam Actionem & reuocatoriam 123.9
Actio nondum nata per præſcriptionem perimi non poteſt 81.3
Actiones in perſonam cur condictiones dictæ 447.5
Actio quam vocant pragmatici Galli de maintenue quando competat 88.13
Actiones præſcriptis verbis ſunt ſtrictæ & cur 653.5
Actio rerum amotarum 458. 2. & ſeq. vt differat à condictione furtiua 459.12
Quando cõtingat vt celeritate cõiungendarũ inter ſe Actionũ vna occulietur 162.9
Actio de dolo omnibus bonæ fidei iudiciis ineſt. 215.1.an poſſit competere quoties alia actio competit 215.3.& ſeqq.
in omnibus Actionibus directis in quibus agitur de fide rupta etiã in litẽ iuratur 217.10
Actio ex teſtamento per quam legata & fideicommiſſa ſingularia petuntur non eſt propriè bonæ fidei 268.1. in quo ſ. actio imitetur naturam actionum bonæ fidei. ibid. 2. in ea actione vſuræ veniunt à die moræ: n.3. quod ad fructus attinet differt à cæteris bonæ fidei iudiciis 4
quæ ſit vis & poteſtas Actionis quæ competit ex pacto de retrouendendo 602.1. & ſeqq.
Actiones arbitrariæ hodie quatenus ſublatæ 489.1
in Actionibus ſtricti iuris vſuræ non veniunt ne quidem à die litis conteſtatæ, fructus verò veniunt officio iudicis 265.5
in Actione de dolo an iuretur in litem 492.2. & ſeq. in actione quod metus cauſa an iuretur in litem ibid.
conuenientiæ & differentiæ inter Actionem de dolo, & actionem de eo quod metus cauſa 492.4
error pragmaticorum de duplici ſententia, quam in Actionibus arbitrariis ferri volunt 486.1
qui poteſt facere vt Actionem habeat pro eo habendus eſt qui eam iam habet 80.14
in quibus actionibus Actor forum rei ſequi debeat 149.4
in perſonalibus actionibus Actor forum rei ſequitur 161.2
Actore non probante abſolui debet reus, niſi præſumptio ſit pro actore, quo caſu reus iurare debet vt abſoluatur 506.1
non tam heredi, quàm hereditati Adcreſcit portio filiæ renunciantis 317.12. 318.1. & ſeq.
ius Adcreſcendi in legitima an locum habeat 399.6
an ius Adcreſcendi ei prohibere poſſit teſtator, quem ex certa re inſtituit, nullo adſcripto coherede 408.1.& ſeqq.
ius Adcreſcendi per clauſulam codicillarem in vim fideicõmiſſi an defendatur, cùm poſthumus, aut alius ſuus heres eſt præteritus 549.1.& ſeqq.
Addictio in diem, & venditio facta ſub pacto de retrouendendo vt differant & conueniant 591.1.& ſeqq.
Aditio hereditatis cur difficilis probationis 61.8
per Aditionẽ hereditatis ſolus heres obligatur creditoribus & legatarijs, non item bona heredis 17.6
Vniuerſalia iura per Aditionem hereditatis an confundantur 43.1.& ſeqq.
an & quando Adiudicationibus prouiſionalibus locus ſit pendente diſcuſſionis generalis inſtantia 84.1.& ſeqq.
in Aduentitiis pater filij adminiſtrator legitimus eſt 359.5
vt ineatur Æſtimatio cùm ſpecies facta eſt vilior, non tamen deterior 445.1.& ſeqq.
Æſtimatio quanti plurimi 425.3.& ſeq. ſine delatione iuramenti fieri non poteſt vt Æſtimetur res quæ non extat 57.7
in iudiciis ſtricti iuris vt res debita Æſtimanda ſit 430.1.& ſeqq.
Æſtimatio rei dotalis an ea qualis venditio ſit 196.1.& ſeqq. quomodo ſuccurratur læſæ coniugi in æſtimatione rei dotalis ibid.
quæ Æſtimatio emptionẽ non faciat 57.13
de Æſtimatione rerum hereditariarũ 56.1. & ſeqq.
de ineũda Æſtimatione rei debitæ ex iudicio bonæ fidei, aut ſtricto 425.1.& ſeqq.
in iudiciis bonæ fidei vt res debita Æſtimari debeat 427.1.& ſeqq.
vt Æſtimetur res in diem certum debita 431.1.& ſeqq.
ſi Æſtimatio aucta ſit poſt condemnationem, cuius temporis ratio habenda ſit 448.1. & ſeqq.

rem

res debita ſub conditione vt Æſtimetur 436.4.& ſeqq.
de differentia mercis & ſpeciei debitæ, cùm de æſtimatione ineunda tractatur 441.1.& ſeqq.
Quæ dicatur Æſtimatio quanti plurimi 452.1.& ſeqq.
an Æſtimationis quanti plurimi acceſſiones & vſuræ aliquò caſu, & à quo tempore debeantur 460.1.& ſeqq.
vt Æſtimetur res contra fideiuſſorē eius qui certa die dare debuit 440.1.& ſeqq.
vt fiat Æſtimatio rerum amotarum 457.1. & ſeqq.
quiſquis Agit tanquam talis ante omnia ſe debet probare talem 77.8
Alienatio vt fieri non poſſit niſi cum ſua cauſa 626.6
ius pignoris ita rem afficere nequit, vt Alienationem impedire queat 669.2
quomodo Alienatio non poſſit fieri niſi cum ſua cauſa 158.12
qui alienare poteſt, multò magis & obligare poterit 641.24
Anatociſmus quid 532.1. prohibitus eſt à Iuſtiniano ibid.2
Antichreſeos vocabulum veteribus interpretibus incognitum 589.2
Ἀντίχρησις quid 221.3
cùm Antichreſis eſt contracta in fraudem legitimarum vſurarum, quatenus à lege improbetur contractus,& ad quem vſque quantitatē fructus retinere poſſit creditor 234.12
An ſit aliqua Antichreſis tacita 224.17
differentia Coiaciana inter Antichreſin tacitam & expreſſam 212.7.8
An valeat Antichreſis expreſſa quæ facta eſt in fraudem vſurarum 222.9
Antichreſis facit vt neque gratuita,neque vſuraria pecunia dici queat 223.12
pactionis Antichreſeos vt venditionis ſub pacto de retrouendendo conuenientia 231.2
per Antichreſin contracta locatio vt ab aliis differat 223.14
Arbitrium iudicis quid 487.9
Arbitrariæ actiones vnde dictæ 488.10
actiones Arbitrariæ hodie quatenus ſublatæ 489.1
in actionibus Arbitrarijs vt procedat iudex 486.2.& ſeqq.
Arbitrariæ actiones cur ſic dictæ 502.9

B

Beneficiū legis alij à me eripi nequit 116.4
hereditatis nomen vt à Bonorum appellatione differat 418.2
inter Buna & hereditatem differentiæ plures 20.7
Bonorum poſſeſſiones intra quod tempus agnoſcendæ 8.2
Bonorum nomen denotat quid vniuerſale 119.12
valet iure ciuili obligatio omnium Bonorum debitoris & præſentium & futurorum 99.1
Bonis omnibus alienatis aut obligatis etiā iura cōprehenduntur, ſecus ſi addatur mentio mobilium & immobilium 104.8
obligatis indiſtinctè omnibus Bonis etiam futura obligata intelliguntur 9.2

C

Chirographi agnitio non poteſt inducere pignus 12.4
qui ex Chirographo conuenitur quaſi ex ſtipulatione conuenitur 8.5.& cur. ibid.6
inter Chirographarios creditores nullus eſt ordo 16.15
Chirographarij creditores vt differant ab hypothecariis 1.4
Chirographaria obligatio an vires habeat prius quàm agnitum aut denegatum fuerit chirographum 12.3
pignus conuentū in Chirographo diē vel annū expreſſū non habente valet ex eo die quo conuentum fuit,non quo probatū 12.6
Chirographarius creditor non poteſt debitoris ſui debitorem conuenire 127.6
ex Chirographo agnito & recognito an tacita hypotheca inducatur 4.17.& ſeqq.
probatio quæ fit per Chirographum laborat ſuſpitione fraudis,non ratione debitoris, ſed creditorum qui medio tempore ſuperuenerunt 13.8
Chirographaria pecunia quæ dicatur 30.4
negotio in Chirographū deducto per teſtes probato efficax eſt pignoris cōuentio ex eo die quo chirographum conſcriptum 13.9
Chirographi agnitio aut denegatio nō inducit obligationem 11.24
debitoris Chirographarij bona creditori etiam poſt condemnationem non priùs obligata ſunt,quàm iudicati executio per pignorum capionem facta ſit 158.13
Chirographarius creditor non poteſt debitoris ſui debitorem conuenire 127.6
Clauſula cōſtituti vbi omiſſa eſt pro adiecta non habetur 3.6
Clauſula codicillaris ex eo quòd ſit frequentiſſima non habetur pro adiecta quando omiſſa eſt 3.8
Clauſula per quam renūtiare fideiuſſores & correi ſolent exceptioni ordinis & diuiſionis exprimi debet vt creditori proſit 3.7
quæ ſit vis Clauſulæ, ex nunc prout ex tunc,& contrà 569.2
Clauſula codicillaris quàm variè concipiatur 543.1. quantum referre putent

pragmatici an ſit concepta per verba præſentis, an per verba futuri temporis, ibid. 2.3
Clauſula codicillaris an poſſit defendere teſtamentum nullum aut ruptũ ſeu irritum. 541. 1.& ſeqq.
quæ Clauſulæ adhiberi ſoleant ad impediendam excuſſionis non factæ exceptionem 115.1.& ſeqq.
Clauſula conſtituti an impediat exceptionem non factæ excuſſionis 116.8
Clauſulæ codicillaris quæ ſit vis & effectus 542.2.546.2
Clauſula codicillaris ex eo quia ſit frequentiſſima non habetur pro adiecta quando non ſta eſt. 3.8
quæ Coactio valeat ad impetrandam reſtitutionem contra venditionem in qua immodica læſio interuenit. 175.11
Condemnatio non facit vt condemnati bona obligata intelligantur, priuſquàm in executione iudicati pignora capta ſint. 5.29
in Condictione furtiua an in litem iurari poſſit. 462.1.& ſeqq.
omnes Condictiones ſunt in perſonam, non in rem. 171.27
his ſolis Condicenda eſt pecunia quibus ſoluta eſt, non quibus ſolutio proficit. 31.19
Condictio triticaria quàm latè pateat. 447.1. & ſeqq. an ſit actio bonæ fidei. ibid.
Condictio ex l. 2. C. de reſcind.vend. ad quid præciſè detur. 169.16
ſi tibi decem credidero, vt vndecim debeas, non plus quàm decem condicere mihi licet 9.11
Condictio nihil eſt.703. 9. conditionalis ſtipulatio eſt ante impletam conditionem. ibid.
Conditionum natura quæ. 704.11
diſcrimen inter Conditiones merè caſuales.mixtas & poteſtatiuas 570.5
Conditionis & conuentionis differentia 612.8
error Pragmaticorum de Conditionibus retrotrahendis 247.5
Confeſſionem nunquam ſcindi poſſe, an ſit vniuerſalis propoſitio 59.6
Conductio non aufert dominium locatori 6.35
Conductor fructus fundi locati qua ratione ſuos faciat 6.35
an teneatur Conductor rem conductam reſtituere, quam poſt conductionem ſuam eſſe nouit 179.1.& ſeqq.
ſingularis ſucceſſor an poſſit expellere Conductorem 690.1. & ſeqq.
eadem re pluribus ſeparatim locata, cuius Conductoris potior cauſſa eſſe debeat. 693.1.& ſeqq.
an locator ante finitum locationis tempus poſſit expellere Conductorem 687. 1. & ſeqq.
error notariorum in clauſulæ Conſtituti conceptione 103.2
quatenus proſit clauſula Cõſtituti ad transferendam poſſeſſionem. 100.5
clauſula Conſtituti vbi omiſſa eſt pro adiecta non habetur 3.6
Conſtitutum non finitur morte conſtituentis, ſed tranſit in heredem 110.7
perinde transfertur poſſeſſio per Conſtitutum atque per traditionem 227.8
clauſula Conſtituti non poteſt facere vt poſſeſſor quis maneat eius rei quam alius corporaliter ſibi poſſidet, contra pragmat. 116.3
an per clauſulam Conſtituti appoſitam in obligatione omnium bonorum acquiratur creditori etiam futurorum poſſeſſio 99.2
modus transferendæ poſſeſſionis per clauſulam Conſtituti, licèt fictitiùs veram & realem cámque naturalem poſſeſſionem transfert 89.3
Conſuetudo eſt ius non ſcriptum, etiam quum ſcripta eſt 185.18
is demum dolus facit Contractum bonæ fidei ipſo iure nullum qui dedit cauſam contractui, non qui incidit in contractum. 25.15.
Contrahentibus licet naturali ratione, vt ſe in pretio decipiant 24.6.
diſtinctio Contractuũ in contractus bonæ fidei & ſtricti iuris vnde ſit 432.9
Contractus nullus agendo reſcinditur niſi per in integrum reſtitutionem 169.18
bonæ fidei an ſint Contractus omnes 212.1. & ſeqq.
licet Contrahentibus in emendo & vendendo ſe in pretio decipere, & quidem naturaliter 178.9
ex Cõtractibus bonæ fidei quomodo fructus debeantur, quomodo & vſuræ 265.3
Contractus alioqui nullus iureiurando non confirmatur 348.3
Contractũ emptionis pro ſimulato quando habeant pragmatici 232.7
quid iuris ſit quando Contractus eſt fœneratitius 231.9
Conſtitutionem.l.2.C.de reſc.vend.inepté produci ad omnes contractus 214.10
in Contractibus illud eſt perpetuum propoſitum, in mente retentum nihil operatur. 3.17
differentia inter Contractus bonæ fidei & ſtricti iuris ratione pactorum quæ ipſis in cõtinenti adiiciuntur 651.3
an omnes contractus ſint bonæ fidei 212.1.& ſeqq.2

diffe

differentia inter bonæ fidei contractus, & ſtricti iuris ibid. nu. 3
Contumax habetur pro confeſſo. 160. 5. & perinde ac confeſſus condemnari poteſt & debet ibi.
ſententia per Contumaciam contra autorem abſentem reddita non nocet ſucceſſori 159. 4
generales Conuentiones vnde interpretandæ 4. 12
Creditor qui vniuerſa debitoris bona generaliter obligata habet quædã verò ſpecialiter non poteſt generalem hypothecã priùs perſequi, quam ſpecialis excuſſionem fecerit 133. 1
quæ ſolennitas iuris ſeruanda ſit à Creditore diſtrahente pignus 27. 3
Creditor an teneatur de euictione pignoris 32. 9. 10
poſterior Creditor plus iuris habere nequit, quàm debitor à quo cauſam habet 15. 8. 7
non poteſt Creditor poſterior vendere pignus, licet debitor poſſit, & cur 15. 8
ex Iuſtiniani conſtitutionibus Creditoribus anterioribus etiam expreſſam hypothecam habentibus mulier præfertur 15. 12
cùm debitor gratuita pecunia vtitur poteſt Creditor ex fructibus pignoris ſibi dari ad legitimum vſque modum vſuras retinere. 221. 2. quod dubium hîc occurrat ibid. n. 2
inter hypothecarios Creditores ordo temporis non contracti debiti, ſed conſtitutæ hypothecæ attenditur 37. 7
inter Creditores hypothecarios locum & ordinẽ quãdo obtineant chirographarij. 13. 10
Creditor pignus poſſidens nõ aliter conueniri poteſt à poſter. creditorib. quàm ſi quidquid ei debetur offerebatur 14. 1
Creditor hypothecarius quomodo agere poſſit aduerſus debitorem debitoris. 126. 2
an Creditor qui pignoris poſſeſſionẽ nactus eſt pendente diſcuſſionis inſtantia poſſit pignus vendere 110. 1. & ſeqq.
de ordine creditorum tacitam duntaxat hypothecam habentium 128. 1. & ſeqq.
nulla ratione cauere poteſt Creditor ne exceptione ordinis repelli poſſit 117. 5
Creditor hypothecarius pendente diſcuſſionis inſtãtia poteſt poſſeſſionem propriam auocare ex clauſula conſtituti 104. 1
iurium excuſſionem Creditor facere an & quando compellatur 118. 7. & ſeqq.
Creditor hæreditarius poteſt poſſeſſionem propriam auocare ex clauſula conſtituti pendente diſcuſſionis inſtantia 104. 1
differentia inter Creditores chirographarios & hypothecarios 3. 4
quàm parùm cautè faciant ij Creditores qui ad generalem bonorum debitoris obligationem adiiciunt ſpecialem 136. 1
Creditor quando poſſit rem pignoratam emere 18. 4
Creditor hypothecarius vt differat à pignoratitio 225. 5
Creditor hypothecarius quid in libello petere debeat 226. 6
inter chirographarios Creditores nullus eſt ordo, at inter hypothecarios ordo temporis ſeruatur 16. 15. 16
Creditor anterior non cogitur pati diſtractionem pignoris, quamuis multò pluris ſit pignus quàm quod debetur 14. 2. & 15. 9. & ſeqq.
quid iuris ſit vbi poſterior creditor adeò pauper eſt vt explicare pecuniam non poſſit ad offerendum anteriori 14. 3
Cuiacij ſententia reiecta, quæ autori quondam probata fuerat 66. 12
error Cuiacij omnia pacta nuda eſſe mordicus defendentis 9. 10
Curator bonis quãdoque datur 42. 16. non tamen iis quæ dominum habent præſentem ibid. 17
Curator cur detur 70. 5
ſuo herede ſe abſtinente an Curator paternæ hereditati tanquam iacenti dandus ſit. 68. 1. & ſeqq.
quandiu deliberat heres extraneus non datur Curator hereditati vt iacenti 69. 5
cur nullo iuris loco tractetur de Curatore hereditati tanquam iacenti dando 69. 2
an quilibet Curator confirmandus ſit 83. 1. 2
Curator furioſi poteſt delatam furioſo hereditatem adire 73. 9
an filiofam. Curator quandoque dari poſſit 145. 1. & ſeqq.
an Curator dari poſſit hereditati tanquam iacenti, quæ agnita eſt cum beneficio legis & inuentarij 39. 1. & ſeqq.
an quo caſu heres eſt defuncti creditor debeat dari Curator hereditati 40. 8
Curator minorem obligare nequit. 726. 17. an poſſit prorogare tempus retrouenditionis. 723. 2. & ſeqq.

D

An verum indiſtinctè illud, quod in diem Debetur, ante diem ſolui poteſt. 333. 65
Debiti remiſſio vnde præſumatur 10. 21
differentia inter Debitum ex teſtamento & debitum ex contractu 269. 9
Debitor an teneatur de euictione pignoris 32. 11. & ſeqq.
valet iure ciuili obligatio omnium bonorũ Debitoris, & præſentium & futurorum 99. 1

de excuſſione Debitoris vſque ad peram & ſacculum 119.11.& ſeqq.
Debitoris bona tacito pignoris iure creditori obligata vulgò cenſentur, etiam ſi de pignore nõ conuenerit, 2.1. ſed erroneè. ibi.n.3.
Decretum nullum in eo verſatur vbi nulla cauſſæ cognitio eſt 254.12
Decretum & decernere quid Ictis 251.3
Decretum primum quodnam dicatur pragmaticis. ibid. 1. quodnam ſecundum n. 2. & 252.7
Decreta quæ habent clauſulam iuſtificatiuam, ſecuta interceſſione, ſeu oppoſitione reſoluuntur in ſimplicem citationem. 252.5
duplicis Decreti quando meminerint Icti 252.8. & 254.15
Edictum de iure deliberandi cur introductum. 81. 23. vt differat ab edicto ſucceſſorio ibid. 24
Depoſitum re contrahitur. 9. 11. eſt bonæ fidei ibid.
actio Depoſiti non habet priuilegium prælationis niſi poſt dotem 35.7
re Depoſita extante ſi agat dominus ad exhibendum an ſit ad inſtãtiam diſcuſſionis remittendus 35.10
an agens Depoſiti depoſitario defuncto, & relicto herede cum beneficio legis & inuentarij, ſit cogendus ire ad diſcuſſionis generalis inſtantiam 34.1. & ſeqq.
re Depoſita extante ſi agat dominus ad exhibendum, an ſit ad inſtantiam diſcuſſionis remittendus 35.10
Dies quatenus pro reo, quatenus pro ſtipulatore adiecta cenſeatur 434.5
inter certam & incertam Diem quantum interſit ratione æſtimationis rei debitæ 436.1
Diſcuſſionis inſtantia quibus communis ſit, & ad quas actiones pertineat. 35.5
pendente Diſcuſſionis generalis inſtantia an & quando adiudicationibus prouiſionalibus locus ſit 84.1.& ſeqq.
Diuiſionis faciendæ modus quotuplex 187.1.& ſeqq. læſione interueniente in diuiſione cùm frater minor natu eligit an detur reſtitutio in integrum. ibid. num. 3. & ſeqq.
ſi Diuiſio facta ſit per ſortẽ an ſuccurratur læſo. 190.10
Impetrata reſtitutione aduerſus diuiſionẽ an ſuppletio fieri poſſit in pecunia. 190. 1. & ſeqq. & 191.1.& ſeqq.
non eadem fuit olim Diuiſionis & emptionis ratio. 184.23. ſi vis vel dolus interuenerit in diuiſione reſtitutio in integrum competet, ſicut etiam ex capite minoris ætatis. 285. 24. nulla intercedente vi aut dolo ex cauſſa ſolius læſionis iure Pandectarum non reſcinditur diuiſio. ibi. 25
minoribus aduerſus Diuiſionem nonniſi cauſſa cognita datur reſtitutio 185.26
Diuiſionis & venditionis cõueniẽtia 195.4
Diuiſio & venditio vt differant in probanda læſione 194.1.& ſeqq.
Diuiſio emptionis & permutationis vicem obtinet 181.1
cur minoribus læſis in Diuiſione ſuccurratur auxilio reſtitutionis in integrum 168.10
in contractu Diuiſionis quando læſio per dolum interuenit, quomodo læſo ſuccurratur. 179.11
facta bonorum Diuiſione nullam familiæ erciſcundæ iudicium ſupereſt 194.6
Dolus qui in re ipſa duntaxat eſt, non poteſt eſſe ex parte vtriuſque 28.4
Doli exceptio an faciat iudicium bonæ fidei, quod antea erat ſtrictum 214.1. & ſeqq.
Dolus emptoris ex qualitate facti, non ex quantitate pretij æſtimatur 180.13
Dolus in re non dat cauſam cõtractui, nec facere poteſt vt contractus ab initio non valeat 25.10
Dolus qui in pretij & æſtimationis modo interuenit incidere dicitur in contractum nõ dare cauſam contractui 25.12
Dolo interueniente in emptione vẽditione, ſuccurritur læſo 202. 6
quis Dolus dicatur dare cauſam cõtractui, quis verò incidere in contractum? & inducere reſtitutionem 25.16
is demum Dolus facit contractum bonæ fidei ipſo iure nullum qui dedit cauſam contractui, non qui incidit in contractum. 25.15
læſio quantumuis immodica nihil commune habet cum cauſa Doli, aliíſque remediis dolus, aliis læſio vindicatur 24.5
Dolus emptoris qualitate facti, non quantitate pretij æſtimatur 24.7
Dolus in re ipſa quando declinet in dolum ex propoſito 28.5
Doli diſtinctio in verum & præſumptum qualis 27.28
Doli replicationes bonæ fidei iudiciis an inſint 214.1.& ſeqq.
actio de Dolo omnibus bonæ fidei iudiciis ineſt 215.1
actio de Dolo in perſonam eſt & infamiam irrogat, ideóque nec inter quoſlibet competit 26.23
actio de Dolo ab exceptione doli, & actione quod metus cauſa vt differat 28.6
quo ſenſu dicatur conſolidari Dominium vtile cum directo 636. 8
caſus quo is qui non eſt dominus dominiũ nihilominus transferre poteſt 17.2
quæ traditio transferat Dominium 406.8
Donatio inter patrem & filiumf. cõſiſtere nequit 334. 8

inter

inter patrem & filiam in poteſtate Donatio conſiſtere nequit 351.9
reuocatio Donationis eſt noua dominij acquiſitio 645.7
ſi donatarius rem donatam oppignoraue-rit,aut alienauerit,deinde Donatio ex cauſſa ingratitudinis reuocetur, reſcindatúrne hypotheca,aut alienatio 643.1.& ſeqq.
Dos vt ſit mariti,vtque mulieris 241.9
differentia inter Dotem & vſumfructum. 675.4
an Dos filiæ nubenti à patre data ſit loco legitimæ 299.1
quomodo ſit melior conditio Dotis quàm aliorum contractuum bonæ fidei 198.10
Dos eſt verè patrimonium filiæ, itaque in ea inſtitui non poteſt. 327. 4. caſus quo non verè,ſed quaſi patrimoniũ filiæ habetur. ibid. n.5. Dos eſt in bonis mariti ac mulieris quoque eſſe intelligitur nu.6
olim potuit filia in Dote grauari 535.5
filiafam. nupta viuo etiam patre ſua habet congruæ Dotis petendæ 351.11
ex ſtatuto Sabaudiæ etiam ex bonis feudalibus Dotes deducuntur 536.10
quomodo verum,Dotalium fructus diuidantur inter maritum & vxorem ſeu eorum heredes 241.5

E

Edictum de iure deliberandi cur introductum 81.13
Edictum ſucceſſorium ad quid & quatenus à prætoribus introductum,78.4. an pertineat ad hereditates ibid.5.& ſeqq.
Edictum ſucceſſorium à prætoribus introductum licet æquitate nitatur,tamen à iuris ciuilis ratione alienum eſt 78.1
cur finiatur ius ſeruitutis ſeu pignoris ab Emphyteuta conſtituti,eo canonem non ſoluente 636.9
Emptori qui immodicè læſus eſt an & quomodo ſuccurratur 201.1.& ſeqq.
an & quando priori emptori competat exceptio non factæ excuſſionis poſterioris 121.1 & ſeqq.
quicquid Emptionem venditionem recipit,recipere etiam poteſt oppignorationem 633.12
ſi læſio vltra beſſem in contractu Emptionis interuenerit contractus habetur pro imperfecto 179.12
Emptor qui non vult retrouēdere ad quid teneatur 603.3
dolus Emptoris ex qualitate facti, non ex quantitate pretij æſtimatur 180.13
Errare in nomine quando periculoſum. 542.6
de Euictione qua actione agi poſſit 32.5
venditor de Euictione tenetur etiã ſi nihil dictum ſit,dũ ne in contrarium cōuenerit ne de euictione teneatur 32.8
facta per iudicem pignoris diſtractione, quia de Euictione teneatur 32.3
actio de Euictione & rem repoſcit & quicquid emptoria intereſt 33.17
Exceptio non factæ excuſſionis quatenus putetur à nonnullis odioſa. 117.1. & quatenus ab aliis fauorabilis ibid.n. 2. & ſeqq. 12
quando debitoris debitori competat Exceptio non factæ excuſſionis 117.5
Exceptio non factæ diſcuſſionis aduerſus quos inducta 95.5
nulla ratione cauere poteſt creditor ne Exceptione ordinis repelli poſſit 117.5
quæ clauſulæ adhiberi ſoleant ad impediendam excuſſionis nō factæ Exceptionem. 115.1.& ſeqq.
Exceptio non factæ excuſſionis quando tertio eique bonæ fidei poſſeſſori accommodetur 91.17
Exceptio doli an faciat iudicium bonæ fidei,quod antea erat ſtrictum 214.1. & ſeq.
ordinis Exceptio fauore tantum tertij poſſeſſoris inducta eſt 97.13
differentia inter Excluſionem ex renunciatione,& excluſionem ſtatutariam 317.13
de Excuſſione ſpeciali hypothecæ diſputatio autoris aduerſus pragmaticos 133. 1. & ſeqq.
de Excuſſione pignorum poſtremo loco alienatorum 121.1.& ſeqq.
iurium Excuſſionem facere creditor an & quando compellatur 118.7.& ſeqq.
de Excuſſione debitoris vſque ad peram & ſacculum 119.1.& ſeqq.
differentia inter Exheredationem & renunciationem 315.7
quæ Exheredatio hodie requiratur ad teſtamenti ſolennitatem 374.10
diſtinctio Exheredationis à Bartolo propoſita exploditur 540.4
Vniuerſali heredi prodeſſe ſolet Exheredatio,non ſingulari 401.17
victus victori in Expenſas litis regulariter condemnandus eſt 523.1.exceptiones.2.

F

ipſo Facto quæ fieri dicantur 115.10
diſputatio autoris de duplicis Falcidiæ detractione 182.1.& ſeqq.
Fictio legis quæ induxit nomen & ius hereditatis, non niſi ex neceſſitate profecta eſt 66. 9
Fictiones legis quatenus & vbi admittenda 66.9

Finito ſeu cõmiſſo feudo,in totum reſoluitur ius vaſalli 679.4
de Feicommiſſis conſeruandis cùm filius eſt præteritus 551.1.& ſeqq.
à legitimis heredibus pupilli Fideicommiſſa dari poſſunt 289.4
bona fideicommiſſo ſubiecta an poſſint ex cauſſa dotis, aut donationis propter nuptias alienari 534.1.& ſeqq.
Fideicommiſſi actio ſi dies aut conditio nondum extiterit, ne centeſimo quidem anno excluditur 82.4
Fideicommiſſi diminutio quatenus permiſſa 538.6
an Fideicommiſſa conſeruentur ex teſtamento in quo præteritus eſt filius à patre 539.1.& ſeqq.
quæ Fideicommiſſa hodie frequentiſſima. 537.1. quæ alienari pro dote non poſſint ibid.2.& ſeqq.
Fideicommiſſarius ſatiſdare debet legatorum nomine 293.7
ex cauſa Fideicommiſſi dominium olim non acquirebatur, etiamſi traditio interueniſſet 406.3
à quo tẽpore fructus hereditatis Fideicommiſſariæ debeantur fideicommiſſario 271.1.& ſeqq.
Fideicommiſſorum fructus & vſuræ vt debeantur 269.6.& ſeqq.
Differentia inter Fideicommiſſum vniuerſale & ſingulare 272.6
rei per Fideicõmiſſum relictæ dominium in fideicommiſſarium per traditionem cur olim non transferretur 559.8
pura Fideicommiſſa hodie perrara 275.4
Fideiuſſor qui pignora debitoris emit à creditore etiam ad fructuum perceptorum reſtitutionem tenetur 218.2
Quodnam contractus genus eſſet Fiducia 558.5. eius effectus primarius 559.7. transferebat proprietatem pignoris 560.11
Fiducia cur abrogata 572.5
an Filiofam. tutor ſiue curator quandoque dari poſſit 145.1.& ſeqq.
Filius ex aſſe inſtitutus qui metu æris alieni hereditatẽ vult omittere retenta legitima non eſt audiendus,& cur 284.10
Filius qui paternam hereditatem agnoſcit non dicitur adire ſed ſe immiſcere: ſi verò nolit agnoſcere,nõ repudiare, ſed abſtinere dicitur 65.7
Filius qui ſuccedit patri cur heres ſuus appelletur 66.11.16
Filio ex aſſe ſcripto heredi nulla legitima debetur 287.26
Filia eſt ſua heres patri etiamſi renuntiauerit 329.9
Filia quæ cum iureiurãdo renuntiauit exheredatæ aut emancipatę malè comparatur 323.11.12
Filiæ viuo patre nulla legitima deberi darive poteſt 299
præteritio Filiæ per renunciationem excluſæ an vitiet teſtamentum 322.1.& ſeqq.
tota ferè Italia Fœminæ ſuccedere prohibentur fauore maſculorum 396.8
Fratrum hereditas fratribus vt debeatur 401.14
Fructus ex fundo percipiuntur non tam ſeminis,quàm ſoli & dominij iure 6.35
Fructus hereditatis fideicommiſſariæ imputantur in quartam 274.1.an veniant in reſtitutionem hereditatis 1
Fructus vt differant ab vſuris 266.12.13
à quo tempore Fructus hereditatis fideicommiſſariæ debeantur fideicõmiſſario 271.1.& ſeqq.
qui Fructus eiadiudicandi ſint qui reſtituitur ex cauſa immodicæ læſionis 267.1.& ſeqq.
Fructus pendentes qui 273.6
Fructus quando augeant hereditatem 273.9
in iudicio reſtitutionis in integrum qui Fructus reſtituendi ſint 163.1.& ſeqq.
Fructus an augeant legitimam 296.1.& ſeqq.
Fructus pendentes qui propriè dicantur 246.15
Fructus ſunt naturales rei acceſſiones 265.6
qui Fructus cenſeantur obligati domino fundi 6.36
an & quomodo Fructus pignorũ redemptorum inter creditorem & debitorem diuidantur 243.1.& ſeqq.
quomodo Fructus rerum dotalium diuidantur inter maritum & vxorem ſeu eorum heredes 241.5
Fructuum dominium ante perceptionem non acquiritur emptori 142.6
Fructuum venditio an diſſoluat locationem 141.1.& ſeqq.
Fructus legatorum & fideicommiſſorum vt debeantur 269 6.& ſeqq.
Frumenti mutuò dati acceſſiones etiam ex nudo pacto præſtandæ ſunt 9.12
Fur tenetur præſtare æſtimationẽ quanti plurimi. 454.1.& ſeqq.
odio Furis receptum eſt vt pluribus actionibus teneatur 456.16
in condictione Furtiua an in litem iuretur 462.1.& ſeqq.
actio furti vt differat à condictione furtiua 463.2.& ſeqq.
cuiuſnam rei hereditariæ Furtum fieri queat 70.4

rei

rei hereditariæ Furtum fieri poteſt 53.20
condictio furtiua actionem Furti non perimit 456.17
Furioſi curator poteſt delatam furioſo hereditatem adire 73.9

H

Heres fit quiſquis ſe heredem profitetur dummodo heres eſſe poſſit 61.6
ſuus Heres ſi nollet olim ſuccedere vt ſuus heres, iure ciuili non poterat admitti vt agnatus proximus 78.3
ſola Heredis teſtificatio ſiue in iure, ſiue extra ius facta quòd velit eſſe heres, obligat eum hereditariis creditoribus 61.8
quid iuris ſit vbi Heres res hereditatis contrectauit ante imploratum beneficium inuentarij 50.1.& ſeqq.
cùm de ſui Heredis abſtentione quæritur, impubes à pubere ſeparandus eſt, itèmque minor à maiore 72.1
pro herede gerit qui ſe dicit heredem præſertim apud iudicem 61.7
culpam omnem tenetur præſtare Heres qui confecit inuentarium 57.11
eius qui Heredē ſuum reliquit, nulla omnino hereditas eſſe intelligitur, & cur. 65.9.& conſequenter.
filius patris Heres dici nequit 66.10
an ex parte ſui Heredis requiratur immixtio, vt fiat heres 74.1.& ſeqq.
Heres extraneus qui ante aditionem hereditarium aliquid ſubripit non propterea fit heres 74.2
Heres ſuus qui hereditarium aliquid ſubripit, ſibi eripit beneficium abſtinendi 74.3
Heres qui inuentarium allegat, ante omnia illud exhibere tenetur 60.10
ſuo Herede ſe abſtinente an curator paternæ hereditati tanquam iacenti dandus ſit 68.1.& ſeqq.
ſui Heredis abſtentio quid ſit 72.3
quandiu deliberat Heres extraneus non datur curator hereditati vt iacenti. 69.5
ius ſui Heredis inducit continuationem dominij, non etiam poſſeſſionis 112.4
qui ſe heredem dicit cum beneficio inuentarij ſi agens aut excipiens vrgeatur ab aduerſario vt inuentarium exhibeat an audiendus ſit inuentarium non exhibens 76.1.& ſeqq.
Heres ſuus etiam poſt abſtentionem eſt heres 68.2
ad obligandum Heredem creditoribus quid requiratur 61.5
nihil intereſt an ſuus Heres ſe immiſcuerit tutore autore, an ſine tutoris autoritate 72.4
inuentario non facto Heres creditoribus & legatariis defuncti in ſolidum ſatisfacere an teneatur 41.14.& ſeqq.& 44.5
quandiu Liberum ſit ſuo Heredi vt ſe immiſceat 75. 7.& ſeqq.
quomodo fraudibus Heredum in hereditate graſſantium ante confectum inuētarium hodie occurrendum eſſet 52.7
ad obligandum Heredem creditorib. quid requiratur 61.5
Heres deducit fideicommiſſum ſibi debitum, licet nullus ſit hereditati datus curator. 41.10
ſuus Heres iure quidem ciuili eſt neceſſarius, datum tamen ei eſt à prætore beneficium abſtentionis 65.1
an conuentus à creditore tanquam Heres, & confeſſus ſe eſſe heredem cum beneficio inuentarij debeat condemnari in ſolidum, ſi non exhibeat inuentarium 58.1.& ſeqq.
ſuus Heres quis dicatur. 65.4. an ſit hodie voluntarius 65.nu.2.& ſeqq.
quid iuris ſit vbi Heres ſcriptus aut legitimus, viuo adhuc teſtatore expilauit bona quæ fuerunt defuncti 53.18
perinde Heres reuera eſt qui cum beneficio inuentarij heres eſt, atque is qui purè 52.22
Heredem veteres pro domino dixere. 65.5
ſui Heredes ſtatim & ipſo iure heredes exiſtunt, id eſt, non fiunt, ſed apparent 65.8
Heres ſiue ſuus, ſiue extraneus qui reſpondit ſe heredem non eſſe, cur non ſatis apertè pragmaticis videatur reſpondiſſe 71.8
an inuentarij beneficio priuandus ſit heres qui dolo malo in hereditate verſatus eſt. 46.5.& ſeqq.
Heres ex eo quòd implorauit beneficium inuentarij non minùs verè eſt heres. 40.5
an ſit differentia inter Heredem ex certa re inſtitutum adſcripto coherede ex parte, aut ſine parte: & eum qui ex aliqua aſſis parte aut ſine parte inſtitutus, certis rebus pro ſua inſtitutione contentus eſſe iuſſus eſt. 420.1.& ſeqq.
ſingularis Heres quis 416.2
ex ſententia pragmaticorum ſuus Heres ipſo iure poſſeſſor fit, extraneus verò per aditionem 112.2
Heres ex re certa ſcriptus dato coherede, nullo caſu heredis loco eſt 420.3
per aditionem hereditatis ſolus Heres obligatur creditoribus & legatariis non item bona heredis 37.6
Heres cui propter imploratum inuentarij beneficium ſaluæ ſunt actiones, non propterea eſt actor, contra pragmaticos 41.9.3

Hereditatis nomen vt à bonorum appellatione differat. 4:8.2
aditio Hereditatis cur difficilis probationis. 61.1
Hereditas definit eſſe hereditas ex quo certum eſſe incipit neminem heredem fore. 70.8
adire aut repudiare Hereditatem extranei eſt heredis, immiſcere verò vel abſtinere ſui. 65.8
eius qui heredem ſuum reliquit nulla omnino Hereditas eſſe intelligitur & cur. 65.9
pater ex Iuſtiniani conſtitutione infantis ſui nomine delatam Hereditatem adire poteſt. 73.8
cur delata Hereditas per procuratorem acquiri non poſſit. .9
in agnóſcenda Hereditate quę ſit differentia inter ſuum heredem & extraneum. 74.1.& ſeqq.
ex duplici iure poteſt nonnunquam Hereditas deferri, vt tamen incertum ſit ex quo deferatur. 54.1.& ſeqq.
cur nullo iuris loco tractetur de curatore Hereditati tanquam iacenti dando. 69.1
vniuerſalia iura per aditionem Hereditatis an confundantur. 43.1.& ſeqq.
per aditionem Hereditatis ſolus heres obligatur creditoribus & legatariis, non item bona heredis. 37.6
Hereditatem extranei non aliter poteſt pupillus ſibi acquirere quàm ſi tutore autore vel adeat vel pro herede gerat. 73.5
cuiuſnam rei Hereditariæ furtum fieri queat. 70.4
an quo caſu heres eſt defuncti creditor debeat dari curator Hereditati. 40.8
quid ſit Hereditati paternæ ſe immiſcere. 74.4
cur & quomodo Hereditatis nomen vſurpent veteres ICti, cùm de ſuis heredibus loquuntur. 66.13
per 30. annorum præſcriptionem perimitur non tantùm ius adeundi, ſed etiam ius petendæ Hereditatis. 79.8
ex ſtatutaria rerum hereditariarum poſſeſſione an inducatur Hereditatis aditio & tranſmiſſio. 114.1.& ſeqq.
Hereditas perſonam defuncti repræſentat, non heredis. 69.2
Hereditati furtum fieri nequit. 69.3
ad acquirendam Hereditatem neceſſarium eſt, vt qui eam vult ſibi acquirere & cauſam & ius acquirendæ intelligat. 54.3
ſemel repudiata Hereditas non magis adiri poteſt, quàm adita repudiari. 74.6
Hereditas non adita dici nequit quæ heredem, ſeu dominum habet, aut iacens, quæ adita eſt. 40.6
Hereditas iacens dici nequit quę habet heredem. 68.3
Hereditaria actio non naſcitur ex interrogatione, ſed ex contractu cum defuncto. 63.15
inter Hereditatem & bona differentiæ plures. 70.7
fructus quando augeant Hereditatem. 273.9
Hereditatis incommoda. 52.13
actio Hereditaria non naſcitur ex interrogatione, ſed ex contractu cum defuncto. 63.15
à quo tempore fructus Hereditatis fideicommiſſarię debeantur fideicommiſſario. 271.1.& ſeqq.
à fure non manifeſto non valdè diſtat is qui Hereditatem expilauit. 53.19
Hereditatis delatio pręcedit acquiſitionem & excluſionem. 322.6
differentia inter delationem & acquiſitionem. ibid. n. 7
rei Hereditariæ furtum fieri poteſt. 53.20
fratrum Hereditas fratribus debetur. 401.24.
Hereditati furtum fieri nequit. 69.3.
veteres ICti nuſquam ſcripſere Hereditatem patris filio famil. aut deferri aut acquiri: & cur. 66.14
an curator dari poſſit Hereditati tanquam iacenti quæ agnita eſt cum beneficio legis & inuentarij. 39.1.& ſeqq.
faciliùs inducitur Hereditatis immixtio quàm aditio. 74.5
non adita ex teſtamento Hereditate, omnia corruunt quæ teſtamento continentur. 407.5
Hyperochæ nomen veteribus interpretibus incognitum. 588.1. quid ſit. 589.3.5
Hypothecarius creditor quid in libello petere debeat. 226.6
Hypothecarij creditores vt differant à chirographariis. 3.4
inter Hypothecarios creditores ſiue hypotheca fuerit tacita, ſiue expreſſa, qui prior eſt tempore potior eſt iure. 28.2
inter Hypothecarios creditores ordo temporis non contracti debiti, ſed conſtitutæ hypothecæ attenditur. 37.7
quæ ſit vulgaris formula inſtituendæ actionis Hypothecariæ. 484.1
actio Hypothecaria eſt arbitraria. ibidem nu. 2
Hypotheca nuda voluntate & ſolo conſenſu contrahitur. 32.5.
tacitas Hypothecas quis fauor extorſerit. 6.31
ad eas inducendas neceſſaria SCtorum conſtitutionum autoritas.

tacita

tacita Hypotheca quæ moribus induƈta ſit ibid.n.12
an Hypotheca ex chirographo in quo expreſſa eſt, non pr ùs competat, quàm fuerit agnitum chirographum 12. 1. & ſeqq.
Scriptura non eſt neceſſaria ad conſtituendam hypothecam 12.5
creditor Hypothecarius qui poſt intentatam hypothecariam implorat beneficiũ clauſulæ conſtituti, quatenus audiendus 91.2
cum Hypothecaria exercetur quomodo ſententia vulgò feratur pro creditore. 95. 1. & quid autor in ea deſideret 16.numero 9
Hypothecaria quandoque datur vero poſſeſſori contra non poſſidentem 92.6
quo caſu ſpecialis Hypothecæ vſus ſit neceſſarius 138.8
Hypotheca quibuſdam caſibus tacitè contrahitur 14.16
quæ ſint differentiæ inter pignus & Hypothecam 225.1.& ſeqq.
quo caſu qui poſterior contraxit præfetatur anterioribus Hypothecam expreſſam habentibus 131.4
de poteſtate generalis Hypothecæ iis caſibus quibus ſpecialis neceſſaria eſſe creditur 136.1.& ſeqq.
habens tacitam Hypothecam deinde ſib i caueat per expreſſam tacitæ priuilegium amittit 129.6.exceptio.130.11
ſpecialis Hypotheca an poſſit impedire alienationem 137.5
quæ ſint partes iudicis cùm agitur Hypothecaria 484 4
conuenientiæ & differentiæ inter aƈtionem hypothecariam & rei vindicationem 484.6.& ſeqq.
de Hypothecæ ſpecialis excuſſione 131.1.& ſeqq.
differentia inter tacitam & expreſſam Hypothecam 130.10
quibus caſibus is qui tacitam duntaxat Hypothecam habet, licet ſit poſterior tempore præferatur ei qui expreſſam habet 129.4
tacitæ Hypothecæ quando minor ſit vis quàm expreſſæ 129.3
paƈtum de retrouendendo an inducat Hypothecam 665.1.& ſeqq.
tacitam Hypothecam quando lex inducat 132.10
an in Hypothecaria iuretur in litem. 479. 1.& ſeqq & 481.1.& ſeqq.
ſpecialis Hypothecæ excuſſionem mulier ante omnia facere tenetur 132.11
ex chirographo agnito an tacita Hypotheca inducatur 4.17

I

paƈtum de ſuccedendo iure Iuſtinianeo quando valeat 301.2
quid ſit hereditati paternæ ſe immiſcere 74.4
faciliùs inducitur hereditatis immixtio quàm aditio 74.5
Inficiatio quandoque facit vt obligatio creſcat 5.16
propter Inficiationem obligatio pignoris non conſtituitur.5. 16. nec vlla alia.ibid.n 17
qui ex re certa Inſtitutus eſt nullo coherede dato, hereditatem obtinet 404.8
non inſtitutio, ſed hereditas heredem facit 373.7
qui ex re certa inſtitutus eſt, alio ex aſſe herede ſcripto, legatarij nõ heredis loco eſt. 403. 2.& 407.5
particularis Inſtitutio quæ 416.1
Inſtitutio ex re certa non eſt vtilior, quàm legatum, contra pragmaticos 375.13
ex certa re Iuſtituto an teſtator poſſit ius adcreſcendi prohibere, vbi nullum coheredem adſcripſit 408.1.& ſeqq.
quæ Inſtitutio dicatur fieri partibus diſtributis 417.5
Inſtitutus ex rè certa, ſi poſſeſſionem eius propria autoritate occuparet, cur non teneretur interdiƈto, quod Legatorum 406.4
quando titulus Inſtitutionis ſit honorabilior quàm legati 375.12
Inſtitutus ex re certa, alio ex aſſe ſcripto herede, pro legatario tantum haberi poteſt 374.8
Inſtitutus ex re certa quàm multis modis differat ab herede vniuerſali 403.4.& ſeqq.
Inſtrumenta guarentigiata vim habent ſententiæ & condemnationis 21.11
Interdiƈti, quod Legatorum, quę fuerit ratio.405.1.ad quæ legata pertineret. ibid. 2. cur ad fideicommiſſa non pertineret 406.3
in Interdiƈtis an iuretur in litem 495. 1. & ſeqq.
Interdiƈtis recuperandæ poſſeſſionis quando non ſit locus 94.4
Interrogatoria aƈtio in quem detur 63.12. vnde naſcatur.13
an ſit audiendus qui ſe heredem dicit cum beneficio Inuentarij, nec tamen inuentarium exhibet 76.1.& ſeqq.
heres qui Inuentarium allegat ante omnia illud exhibere tenetur 60.10
quæ ſint partes Iudicis vbi heres inuentarium exhibere non vult ibid.n.11
in confeƈtione Inuentarij quas ſolennitates præſcripſerit Iuſtinianus 46.1
an conuentus à creditore tanquã heres & cõfeſſus ſe eſſe heredẽ cũ beneficio inuẽtarij

Digitized by Google

debeat condemnari in ſolidum, ſi non exhibeat Inuentarium 58.1.& ſeqq.
tempus quod Inuentario conficiendo præſcriptum eſt non currit niſi ab adita hereditate.50.3.intra quod tempus ab aditæ hereditatis die inuentarium oporteat inchoaſſe. 51.6.
Inuentarij quantumlibet vitioſi pœna non eſt grauior, quàm vt nullum eſſe exiſtimetur. 60.12
Inuentario non facto heres creditorib. & legatariis defuncti in ſolidum ſatisfacere̲ an teneatur 41 12.13.14.44.5
beneficium legis Iuſtinianeæ & inuentarij quomodo conueniat cum edicto prætoris de ſeparationib. quomodo item differat 36.14
vt inuentarium valeat res hereditariæ quæ numero, pondere aut menſura conſtant, ponderari, numerari,& metiri debent 57.16.17
beneficium Inuentarij vt differat à beneficio deliberandi 50.4.& ſeq.
aditio hereditatis requiritur antequam ſolenne Inuentarium confici poſſit 54.7
quid iuris ſit vbi heres res hereditarias contrectauit ante imploratum beneficium Inuentarij 50.1.& ſeqq.
differentia inter Inuentariũ ſolenne quod fit ab herede & ea quæ fiunt ad ſaluum ius. habentis 54.6
beneficium Inuentarij quodnam hereditatis incommodum tollat 52.14
an æſtimatio rerum hereditariarũ per viros probos facienda, ſit de ſolennitatibus Inuentarij 56.1.& ſeqq.
quo ſenſu dicatur beneficium Inuentarij inducere ſeparationem patrimoniorum defuncti & heredis 42.28
Inuentarium ſolenne quod 46.2
an Inuentarij beneficio priuandus ſit heres qui dolo malo verſatus eſt in hereditate 46.5 & ſeqq.
Inuentarij commoda 40.4
an poſſit fieri Inuentarium eo adhuc tempore quo incertum ex quo iure deferatur hereditas 54.4.& ſeqq.
Irnerij lapſus 536.9
Irnerius Authenticarum compilator vt ab aliis notatus 371.1
Iudex requiſitus ſicut non poteſt cognoſcere de viribus aut iniquitate ſententiæ, ita nec recuſare poteſt petitam iudicati executionem 162.7
pœnæ legibus conſtitutæ etiamſi leuiores quàm par ſit,non poſſunt nec debent à Iudicibus exaſperari 32.16
in omnibus bonæ fidei Iudiciis non iuratur in litem 469.2
de differentia iudiciorum bonæ fidei & ſtricti iuris in re debita per iuſiurandum in litem æſtimandi 464.1.& ſeqq.
in Iudiciis bonæ fidei vt res debita æſtimari debeat 427.1.& ſeqq.
omnia Iudicia non ſunt bonæ fidei 267.14
Iudicium reſciſſorium non eſt principalius & dignius reſcindente 162.4
quæ ſit differentia Iudiciorum bonæ fidei & ſtricti Iuris quod ad fructus & vſuras attinet 264.1.& ſeqq.
in ſtrictis Iudiciis, ſi neque dolus, neque metus interuenerit, etiamſi læſio in re ipſa ſit, nullus tamen iudicis officio locus relinquitur: dolo verò aut metu interueniẽte neceſſaria eſt reſtitutio 182.11
plus poteſt officium iudicis in bonæ fidei Iudiciis,quàm exceptio doli in ſtrictis 183.14
in Iudiciis bonæ fidei ſiue dolus ſiue vis aut metus interuenerit ſufficit æquitas iudicij pro reſtitutione ſi dolũ paſſus conueniatur, at ſi agat opus eſt reſtitutione 182.12
inter Iudicia ſtricta & bonæ fidei quid interſit,quomodo etiam conueniant 467 9.& ſeqq.
Iudicium reſcindens reſciſſorij eſt præparatorium 150.6
in Iudiciis bonæ fidei propter quid vſuræ debeantur 597.8
in Iudiciis ſtricti iuris vt res debita æſtimanda ſit 430.1.& ſeqq.
an reſcindentis & reſciſſorij iudicij cumulatio fieri poſſit 150.1.& ſeqq.
Iura vigilantibus ſubueniunt, non dormientibus 5.23
vt reſoluto Iure datoris,reſoluatur ius acceptoris 158.14
Iurium excuſſionem facere creditor an & quando compellatur 218.7.& ſeqq.
ipſo Iure quæ fieri dicantur 115.10.
bonis omnib. alienatis aut obligatis etiam Iura comprehenduntur, ſecus ſi addatur mẽrio mobilium & immobilium 104.8
Iuſiurandum in litem cur inductum. 490. 3.492.1. an interdictis iuretur in litem ibidem 5
Iuſiurandum ſuppletiuum legibus incognitum eſſe 506.5.& ſeqq.
Iuriſiurandi vis quanta in conuentionibus, iure ciuili & Pontificio 578.1
Iuſiurandum eaſdem leges & conditiones recipit,quas ipſe contractus 171.3
de taxatione Iuriſiurandi in litem 500. 1.& ſeqq.
aduerſus Iuſiurandum quod purgationis vocant,falua eſt probandi facultas 51.8
ſine delatione Iuriſiurandi fieri non poteſt, vt æſtimetur res quæ non exiat. 57.7
regulare eſt vt tantùm ob dolum iuretur in litem 57.8

caſibus

Digitized by Google

caſibus Iuretur in litem quibus ob culpam ibid. n.9.10

in qua actione prætorio Iuretur in litem 462.5

Iuſiurandum quòd à iudice defertur vni ex partibus referri poteſt. 510. 6. differentia inter iuſiurandũ delatum à parte, & id quod defertur à iudice 510.8

inter Iuſtinianeum, & vulgare quod ſuppletiuum vocant iuſiurandum conuenientiæ & differentiæ variæ 512.1.& ſeqq.

nunquam iuratur in litem quanti plurimi res fuerit 463.7

an Iuretur in litem in condictione furtiua. 462.1.& ſeqq.

an in actione furti ibid.

an qui aduerſario inficianti iurare permiſit, & eo iurante victus eſt, in expenſas debeat condemnari 523.3.& ſeqq.

an ſumptus vlli debeantur victori litis per Iuſiurandum ſuppletiuum deciſæ 525.1.& ſeqq.

de Iuriſiurandi delati relatione 526.1.& ſeqq. quibus caſibus non cogatur iurare is cui defertur iuſiurandum. ibidem. an iudiciale Iuſiurandum deferre is poſſit qui à probanda intentione ſua iam excluſus eſt. 529.1.& ſeqq. Iuramentum delatum an & quando habeatur pro præſtito, aut pro relato 531.1 & ſeqq.

Iuriſiurandi diſtinctio in iuſiurãdum affectionis & veritatis commentitia 465.4

Iuſiurandum Iuſtinianeum quibus in caſibus deferri poſſit. 515.2.& ſeqq. Senatus Pariſienſis iuramento ſuppletiuo cur non vtatur. 516.5. quando illud admittat Senatus Sabaudicus ibid.8

deciſa iureiurando controuerſia an retractari poſſit ſub prætextu periurij, aut nouorum inſtrumentorum 517.2.& ſeqq.

Iuſiurandum comparatur rei iudicatæ. 518.2

Iuſiurandum ex iurantis mente vires & interpretationem accipit 365.12

an Iuſiurandum veritatis in iudiciis bonæ fidei locum habet 477.1.& ſeqq.

Iuſiurandum in litem eſt auxilium iuris ciuilis, & ad quid comparatum 493.6

Iuramentum quotuplex apud interpretes. 471.1.an ſit vllum veritatis ibid.

an Iurari poſſit in litem pro numis ſua die non ſolutis 474.1.& ſeqq.

in interdictis an iuretur in litem 495.1.& ſeqq.

an in actione ex empto iuretur in litem 469.1.& ſeqq.

Iuſiurandum Zenonianum quodnam ſit, & quando & ſit locus. 498.2. & ſeqq. vt differat à cæteris 499.5.6

Iuſiurandum vt ſit obligatorium quos comites habere debeat 315.6

Itali pragmatici abſolutionem à iureiurando contractui adhibito difficilius concedunt, quàm Galli 344.8

an Iuretur in litem in actionibus de dolo, & quod metus cauſa 492.2.& ſeqq.

Iuſiurandum remitti poteſt ab eo in cuius gratiam præſtitum eſt 367.10

Iuſtinianus malus Latinitatis autor 45.10

L

Læſio quantumuis immodica nihil commune habet cum cauſa doli, aliiſque remediis dolus, aliis læſio vindicatur 24.5

etiam cùm ſupra dimidiam Læſio interuenit, contractus nihilominùs valet, imò nequidem ex ea cauſa reſcindendus eſt. 24.8

diſtinctio pragmaticorum inter enormem & enormiſſimam Læſionem 178.5

enormiſſima Læſione interueniente an relinquatur emptori electio ſupplendi iuſti pretij, vel rei reſtituendæ accepto pretio 178.7

ex cauſſa immodicæ Læſionis ſuccurritur læſo in diuiſione 181.2. quanta læſio requiratur vt condiuiſori ſuccurratur ibid. num.3.& ſeqq.

enormiſſima Læſione interueniente iubetur emptor condictione ex lege & officio iudicis vel fundum reſtituere pretio recepto, vel quod iuſto pretio deeſt ſupplere 24.9

ſi quando per teſtes Læſio immodica probanda ſit, quid à teſtibus æſtimãdum ſit, quid deinde à iudice 236.8

differentiæ pragmatic. inter enormem & enormiſſimam Læſionem 23.2.& ſeqq.

enormiſſima Læſio an reddat venditionem ipſo iure nullam 260.1.& ſeqq.

ex enormiſſima Læſione an contractus nullitas emanet 179.10

in adiudicandis Laudemiis ex pignorum venditione debitis cuius temporis ratio habeatur 246.1.& ſeqq.

cùm pignus venditum intra ſemeſtre redimitur nulla venditionis Laudemia debentur, ſecus ſi poſt ſemeſtre 245.9

facta venditione ſub de retrouendendo iam tum Laudemia debentur directo domino: ſecuta verò retrouenditione alia etiam debentur, niſi conſuetudo loci obſiſtet. ibid.

facta retrouenditione apud Sebuſianos nulla debentur Laudemia: & apud Sabaudos debentur dimidiata 245.11

Legatorum fructus & vſuræ vt debeantur 269.6.& ſeqq.

pactio quæ fit inter heredem & Legatarios de falcidia non deducenda eſt contra legem Falcidiam, ſi fiat viuo teſtatore, ſecus ſi mortuo 305.12

Legatorũ onera an pertineant ad fideicommiſſarium an ad heredem 292.1.& ſeqq.

Legata Trebellianicam non minuunt 292.6

Legatorum onera an pertineant ad fideicommiſſarium, an ad heredem 292.1.& ſeqq.

Lex commiſſoria in venditionibus iam olim odioſa cur fuerit 573.1.& ſeq. & cur in pignoribus fauorabilis habita ſit 574.3. quæ lex commiſſoria abrogata ſit 575. 4

an valeat lex commiſſoria in pignoribus ſi per tranſactionem facta proponatur. 576.1. & ſeqq.

an valeat pactum Legis commiſſoriæ in pignore factum in tertij vtilitatem. 571.1. & ſeqq.

Leges iuris veteris correctoriæ non facilè extra ſuos fines ſunt trahendæ ne quidem ex identitate rationis 204.4

Lex commiſſoria quid. 558.1. in venditionibus olim vt adhiberetur. n.2. item in pignoribus 4

pactum iuratum Legis commiſſoriæ in pignoribus vt valeat 580.4

an valeat Lex commiſſoria in pignore ex interuallo adiecta 561.1.& ſeq.

Lex commiſſoria in pignoribus eſt fauorabilis debitori, damnoſa creditori 572. 4.

de Legitimæ & Trebellianicæ computatione diſſertatio autoris 290.1.& ſeqq.

in Legitima liberi non poſſunt grauari. 334.3

cur velint interpretes Legitimam inſtitutionis titulo relinquendam eſſe 403.1

differentiæ inter Legitimam quæ deſcendentibus & eam quæ aſcendentibus debetur. 368.1.& ſeqq.

excluſio filiæ à Legitima ſtatutaria quotuplex 396.10

Legitima fratrum an ſit aucta 399.7

qua ratione prætextu æris alieni nondũ bene explorati Legitimæ ſoluendæ mora non fiat 419.8

ius adcreſcendi in Legitima an locum habeat 399.6

ex comparatione legitimæ ſucceſſionis hereditariæ poni debet ratio legitimæ 419. 6.

ſupplementum legitimæ condictione ex teſtamento petitur, licet teſtamento non ſit relictum 367.9

actio qua petitur Legitima aut legitimę ſupplementum eſt tricennalis 350. 7.& 351.12

Legitima aduerſus quem peti queat 284. 11

cùm nulla renuntiatio interuenit, ſed tantùm confeſſio ſolutæ dotis pro omni Legitimæ iure, an aliqua Legitimæ petitio ſuperſit mortuo ſaltem patre 312.1.& ſeqq.

Filia quæ paternæ ſucceſſioni & petitioni legitimæ renuntiauit, an partem faciat in legitimæ computatione 315.3.& ſeqq.

debitum Legitimæ eſt incertum 333.7

an mater quæ propter non petitum filio impuberi tutorem ab eius ſucceſſione excluſa eſt, amittat Legitimam 311.4.& ſeq.

caſus quo filio eripitur ſucceſſio, & Legitima tamen ſalua relinquitur 309.11

actio ad ſupplementum legitimæ cui ex teſtamento competere videatur. 379. 2.d. actionem quiquennio non finiri ibid.3

fructus an augeant Legitimam. 296.1.& ſeqq.

caſus quo quæri poteſt an filię quæ dotem pro legitima accepit, liceat ex bonis poſtea quæſitis ſupplementum Legitimæ petere. 328 1.& ſeqq.

pater non poteſt facere vt liberorum primi gradus Legitima non debeatur 279.8

Legitima debetur iure naturæ: nec ſucceſſionis pars eſt, ſed bonorum 307.2

an Legitima per ſtatutum tolli in totum poſſit 396.1.& ſeqq.

ſi Legitimam integram teſtator in pecunia dederit, non licet Legitimario repudiare legatum & pro pecunia petere corpora 354.5

nulla interueniente renuntiatione ſola dotis perceptio non excludit filiam quominus mortuo patre Legitimam petere queat, ita tamen vt dotem cogatur imputare. 384. 4. idem iuris eſſe, ſi interuenerit filiæ non iurata renuntiatio. 385.5. quid iuris ſit, vbi interuenit renuntiatio iurata. ibid.6

quo caſu cogatur filia accipere Legitimæ ſupplementum in pecunia numerata. 388.7

licet filia ſit capax dotis, non eſt tamen capax Legitimæ viuo patre 33 .10

caſus duplex quo dubitari poteſt an filia quæ accepit dotem congruam, ſupplementum Legitimæ patre mortuo ex bonis poſtea quæſitis petere poſſit 332.1

teſtamentum in quo inſtituitur filius in certa re aut quantitate pro Legitima non valet 373.5

Legitima debetur ex officio pietatis non minùs aſcendentibus, quàm deſcendentibus 370.8

quanta

quanta ſit Legitima matris, cùm eius filius duobus fratribus ſuperſtitibus honeſtum extraneum heredem inſtituit. 398.1.& ſeqq.
Legitimam filius viuo patre habere nequit & cur 333.5
Legitima quid. 299.3.5
Legitima portio non eſt quæ non eſt certa. 299.7. differentia inter dotem & legitimam. 300.9
Legitima filio grauato non debetur à die mortis teſtatoris. 286.19
malè agit qui pro Legitima petit partem hereditatis. 418.3
Legitima portio nullum onus admittit 319.2.
abſurdum quod ſequitur Iuſtiniani conſtitutionem de augmento Legitimæ. 290.3 & ſeq.
non tantùm liberorum, ſed cæterorum quoque legitima à Iuſtiniano aucta eſt. 291.6
ſi tallisbilis ſine liberis decedat ſuperſtite matre, an huic debeatur Legitima 310.1.& ſeqq.
caſus quo filiæ, non etiam filio ſalua eſt Legitima, reliqua verò ſucceſſio fiſco addicitur. 310.12
an filia quæ paternæ ſucceſſioni generaliter renuntiauit poſſit nihilominus Legitimam petere. 307.1.& ſeqq.
filio ex aſſe inſtituto nulla Legitima debetur. 287.26
filia quæ paternæ ſucceſſioni generaliter renuntiauit, an nihilominus petere poſſit Legitimam 307.1.& ſeqq.
an dos filiæ nubenti data à patre ſit loco Legitimæ. 299.1
an filia quæ patri renuntiauit ſi ab eo inſtituta ſit in aliquo pro legitimâ, poſſit petere ſupplementum Legitimæ. 366.3.& ſeqq.
caſus quo filio eripitur ſucceſſio, & Legitima tamen ſalua relinquitur. 309.11
an poſſit petere Legitimæ ſupplementum, is cui minus Legitima datum eſt cum onere nihil amplius petendi, quique relictum agnouit. 382.1.& ſeqq.
ſupplementum in Legitima quando petendum. 384.1.& ſeqq.
an Legitima relinquenda ſit titulo inſtitutionis. 372.2.& ſeqq.
Legitima portio eſt quota bonorum non hereditaria. 418.1
Filius ex aſſe inſtitutus qui metu æris alieni hereditatem vult omittere retenta Legitima cur non ſit audiendus. 284.10
viuo patre nulla debetur Legitima. 384.3
Legitimæ petitio nulla mora ſuſpendi potecipit. 390.2
Legitima neque diem, neque conditionem reſt. 350.3
an is cui aliquid pro Legitima relictum eſt, ſiue in pecunia, ſiue in certis bonorum corporibus cogatur iudicium teſtatoris agnoſcere, an contrà poſſit eo repudiato, legitimam petere & obtinere in bonorum corporibus. 393.1.& ſeqq.
Legitima in corporibus bonorum hodie danda eſt. 389.7. an & olim. ibid.
ſi certa pecuniæ quantitas in diem certum ſoluenda teſtamento data ſit pro Legitima an ante illum diem peti poſſit. 389.8
ſupplementum Legitimę cur detur in corporibus bonorum. 394.8.
quale ſit ius illud ſingulare quod in fauorem liberorum primi gradus introduxit Zeno in l.6.C.ad Trebell. 276.1
priuilegium Liberorum primi gradus. 277.1. & ſeqq.
Liberi de reſtituenda hereditate rogati duas quartas hodie detrahunt. 276.2. an rectè. ibid.& ſeqq.
eandem vtrique parenti reuerentiam Liberi debent. 346.14
pater non poteſt facere vt Liberis primi gradus Legitima non debeatur. 279.8
Literæ moratoriæ, quas vulgò reſpirationis appellant, qua de cauſa concedi ſoleant. 716.1. aut ſunt vnius anni, aut quinquennij. 16.2. vnde probentur ab interpretibus. 3
per Litis conteſtationem quaſi contrahitur. 266.8
an vitium Litigioſi contrahatur ob motam litem ex pacto de retrouendendo. 650.1.& ſeqq.
Litigioſi vitium facit vt res ſit inalienabilis, quæ alioquin alienari poſſet. 650.1.& ſeqq.
quę lis ſiue quęſtio Litigioſam rem faciat. 650.4
actiones Litigioſæ nec vendi, nec excuti poſſunt. 119.11. poſſunt vendi per vniuerſalem venditionem. ibid.13.
an Locator ante finitum locationis tempus poſſit expellere conductorem. 687.1.& ſeqq.
eadem re pluribus ſeparatim locata, cuius conductoris potior cauſa eſſe debeat. 693.1. & ſeqq.
Locatio prędij ſiue vrbani ſiue ruſticij non reſcinditur ex cauſa immodicæ læſionis. 224.18
res locata quæ fuit obligata conductori, an retineri poſſit ab eo. 684.1.& ſeqq.

Locationi à marito factæ an mulier ſoluto matrimonio ſtare teneatur 674.1.& ſeqq. 682.4
an dominus ſtare teneatur Locationi rei quę ad ipſum rediit factæ per vaſallum aut emphyteutam 678.1.& ſeqq.
proprietarius non tenetur ſtare Locationi à fructuario initæ 680.8
an prælatus ſtare teneatur Locationi per deceſſorem initæ 681.1.& ſeqq.
differentia inter Locationem & venditionem 698.54
an Locatio diſſoluatur venditione fructuū rei locatæ 141.1.& ſeqq.
per antichreſin contracta Locatio vt ab aliis differat 223.14
an poſt factam retrouenditionem teneatur venditor ſtare Locationi factæ per eum qui emerat ſub pacto de retrouendēdo 672.1.& ſeqq.
Locationi à marito factæ an mulier ſoluto matrimonio ſtare teneatur 674.1.& ſeqq. 682.4
Locationis ius ſingulare 686.7
an Locatori læſo ſuccurratur ex l.2. C.de reſc. vendit. 203.1.& ſeqq.
in quibus Locationibus mercedis remiſſio indulgeatur 223.13
in Locatione quid reſpiciatur vt inſta merces ſen penſio conſtitui queat 204.5. differentia inter prædii ruſtici & vrbani locationem 206.15

M

an Maiori detur in integrum reſtitutio aduerſus tertium poſſeſſorem ex cauſa immodicæ læſionis 155.1.& ſeqq.
Mancipatio plus eſt quàm traditio 561.19
ſua Mendacio in pleriſque cauſis pœna eſt conſtituta 5.24
Merx vt differat à ſpecie 443.7.& ſeq.
apud Gallos &, Auguſtanos Matres vt ſuccedant liberis 396.7
Mater præterita habetur pro exheredata éſtque hodie nominatim exheredanda 401.16
Mater quæ ad ſecundas conuolauit nuptias vni ex liberis poſtea defuncto vt ſuccedat tum antiquo, tum Iuſtinianeo iure 364.10
Minori curatorem non habenti rectè ſoluitur 270.11
Minor in integrum aduerſus emptorem faciliùs reſtituitur quàm maior 170.12
Minor ſeipſum obligare poteſt ſiue curatorem habeat, ſiue non habeat. 270.11.
in Minorum reſtitutione an poſſit commutatio fieri reſcindentis & reſciſſorij 151.12
reſtitutio Minorum quatenus ſit plenior & fauorabilior reſtitutione maiorum 175.2
reſtitutio Minori non aliter cōpetit quàm ſi & minor ætas & læſio aliqua probetur 175.1
Minori curatorem habenti difficiliùs permittitur vt contrahat ſine curatore, quàm ſi nullum haberet 147.1. poteſt tamen ſine curatore ſtipulanti promittere, & à promittente ſtipulari 147.2. prohibita minori alienatione prohibita quoque cenſetur obligatio qua ad alienationem perueniri poteſt 147.3
an Minori concedenda ſit in integrum reſtitutio aduerſus lapſum temporis ad redimendum parenti defuncto dati 752. 1. & ſeqq.
cur Minoribus læſis in diuiſione ſuccurratur auxilio reſtitutionis in integrum 168.10
auxilium reſtitutionis Minoribus competens non poteſt concurrere cum ea actione quæ maioribus datur ex cauſſa immodicæ læſionis 177 1
an ſit recta comparatio Minoris curatorem habētis & prodigi, cui bonis interdictum eſt 147.4. item minoris & pupilli ibid.5
Minoribus aduerſus diuiſionem non niſi cauſſa cognita datur reſtitutio 185.26
ſi dolus in venditione interuenerit, poteſt Minor etiam citra reſtitutionem ſe defendere 170.13
de alienatione rerum Minoris quæ ſit ſine decreto 719.13
Moræ effectus 434.7
Mora nulla intelligitur vbi nulla eſt petitio 435.10
Moræ effectus in iudiciis ſtrictis 445.4
Moræ extraiudiciales in ſtrictis iudiciis ratio quatenus habeatur 431.7
intereſt inter Moram per interpellationem extraiudicialem contractam, & eam quę per lapſum diei poſiti in obligatione contrahitur 426.5.& 431.6
Moræ proprium eſt vt perpetuet obligationem 610.3
an Mora noceat debitori apud quem ſpecies debita periit, quæ penes creditorem æquè fuerat peritura 503.1.& ſeqq.
Mora emptoris qui retrouendere recuſanit quomodo puniatur 612.10
ex Iuſtiniani Conſtitutionibus creditoribus anterioribus etiam expreſſam hypothecam habentibus Mulier præfertur 15.12
Mulier Pandectarum iure nullum pro dote priuilegium habebat niſi inter chirographarios creditores 131.1. at hodie habet duplex priuilegium tacitæ hypothecæ & prælationis 131.2.7
caſus quo ex iure communi Mulier præferenda

ferenda eſt anterioribus creditoribus expreſſam hypothecam habentibus 131.5
Mulier dotem repetens excuſſa ſpeciali hypotheca poteſt ad generalem regredi. 132.13
Mutuum eſt contractus ſtricti iuris 9.11

N

Nomen debitoris pignori dari poteſt 116.1
errare in Nomine quando periculoſum 142.6
Notariorum inutilis diligentia 103.7

O

per nudam Oblationem factam à venditore ſub pacto de retrouendendo emptor in mora conſtituitur 610.1
nudæ Oblationis quæ ſit vis 605.1 & ſeqq.
Obligatis generaliter bonis omnibus etiam futura comprehenduntur 3.12 ex Iuſtiniani conſtitutione ibid. & qua motus ratione fuerit Imperator. ibid.
Obligatio chirographaria an vires habeat vllas priuſquàm agnitum aut denegatum ſit chirographum 12.3
quod ad ius Obligationis attinet nihil intereſt vtrum quis per publicam notarij manum ſe obliget an per priuatam 9.7
valet iure ciuili Obligatio omnium bonorum debitoris & præſentium & futurorum 99.1
re contrahi Obligatio vltra quam receptum datum & numeratum ſit non poteſt 9.11
Obligatis indiſtinctè omnibus bonis etiam futura obligata intelliguntur 99.2
an Obligata ſint creditori bona debitoris etiamſi de pignore non conuenerit 2.n.1 & ſeqq.
nudæ Oblationis & Obſignationis quæ ſit vis 605.1 & ſeqq.
an valeat Oppignoratio rei quæ poſtmodum redit ad venditorem ex cauſa petitæ propter immodicam læſionem reſtitutionis 635.1 & ſeqq.
Obſignationis rectè factæ eadem eſt vis quæ futura eſſet veræ ſolutionis 598.1 quæ ſit eius poteſtas, cum venditor ſub pacto de retrouendendo pretij reſtitutionem offert. n. 2 & ſeqq.

P

Pacta in continenti poſt ſtipulationem facta ei creduntur ineſſe 9.12
vt intelligendum illud, Pactum fieri contra legem 303.14
Pactum dotale quo pater iuratus promittit ſe filium aut filiam ex æqua parte heredem habiturum iure ciuili non valet 356.2. an valeat iure Pontificio ibid.n.2
variæ rationes cur Pactum de ſuccedendo aut non ſuccedendo non valeat 303.3 & ſeqq.
etiam ex nudo Pacto frumenti & hordei mutuò dati acceſſiones debeantur, & cur. 205.12
Pactum de ſuccedendo iure Iuſtinianæo quando valeat 301.2
differentia inter Pactum de ſuccedendo, & pactum de non ſuccedendo 304.8
Pactum reciprocum de ſuccedendo inter commilitones valet 357.7
an Pactio valeat, ſi conuenerit, vt pignus in antichreſin datum diſtrahi nunquam poſſit 228.1 & ſeqq.
Pactum de retrouendendo eſt pars pretij 235.1. quota ſit pars pretij ibid.n.2 & ſeqq.
Pactio quæ ſit inter heredem & legatarios de falcidia non deducenda eſt contra legem falcidiam, ſi fiat viuo teſtatore ſecus ſi mortuo 305.11
Pacta omnia nuda eſſe perperam ſtatuit Cuiacius 9.10
quæcunque Pactiones in traditionibus rerum apponuntur, eas ſeruari oportet 232.6
Pactiones de futura viuentis ſucceſſione iure ciuili non valent, ſiue de ſuccedendo ſint, ſiue de non ſuccedendo 301.1
Pater ex Iuſtiniani conſtitutione infantis ſui nomine delatam hereditatem adire poteſt 73.8
Pecunia chirographaria quæ dicatur 30.4
gratuita Pecunia quot modis dicatur 212.6
non omnis Pecunia eſt vſuraria, quæ non eſt gratuita 233.11
fœnebris Pecuniæ vſuræ non debentur niſi ex ſtipulatione 205.11
Pecunia perit confuſione 31.9
Pecuniæ fænebris vſuræ non niſi ex ſtipulatione debentur & peti poſſunt 8.3
Pecunia ſui natura res ſterilis eſt 8.3
Permutationis & emptionis venditionis conuenientia 207.1
an in permutatione locum habeat beneficium l.2.C.de reſc.vendit 207.2 & ſeqq.
Permutatio eſt diuiſioni ſimilior quàm venditioni 207.5 vt differat à venditione. ibid. & cur vicem emptionis obtineat, non venditionis 208.7
quomodo differat Pignoris venditio quæ fit à creditore iure creditoris ab ea quæ fit autoritate iudicis poſtulante creditore 17.1
qui Pignus emit à creditore vendente iure creditoris ſecurus eſt 19.1 exceptio ib.2

in re empta ſub pacto de retrouendendo poteſt conſtitui Pignus ab emptore. 633.13

iure Pignoris res quæ non eſt obligata retineri non poteſt, nec pignoris obligatio regulariter contrahitur citra conuentionē. 10.2

an valeat pactum legis commiſſoriæ in Pignore factū in tertij vtilitatē. 571.1.& ſeqq.

Pignus vel hypotheca quibuſdam caſibus tacite contrahitur. 4.16

an creditor qui pignoris poſſeſſionem nactus eſt pendente diſcuſſionis inſtantia poſſit pignus vendere. 110.1.& ſeqq.

dominij Pignoris impetrandi ius an hodie ſublatum. 230.1.& ſeq. cur frequentior ſit pignoris venditio quæ fit per iudicem. 231.5.16

quæ ſolennitas iuris ſeruanda ſit à creditore diſtrahente Pignus. 27.3

inutile eſt Pignus quod diſtrahi non poteſt. 111.4

an pactio valeat, ſi conuenerit vt Pignus in antichreſin datum diſtrahi nunquam poſſit. 228.1.& ſeqq.

nomen debitoris Pignori dari poteſt. 116.1

de excuſſione Pignorum poſtremo loco alienatorum 121.1.& ſeqq.

an & quomodo fructus Pignorum redemptorum inter creditorem & debitorem diuidantur. 243.1.& ſeqq.

facta per iudicem Pignoris diſtractione, quis de euictione teneatur. 32.3

Pignoris datio vt differat à vēditione. 563.6

propriæ rei Pignus conſiſtere nequit. 6.35

ſcriptura non eſt neceſſaria ad conſtituendum Pignus. 12.5

tria ſunt Pignorum genera conuentionale, prætorium & iudiciale. 263.1. vt inter ſe differant. ibid. n. 3.

Pignus conuentum in chirographo diem vel annum expreſſum non habente valet ex eo die quo conuentum fuit, non quo probatum. 12.6

res duobus Pignori pariter data quatenus vtrique obligata cenſeatur. 582.1

cum pignus venditum intra ſemeſtre redimitur nulla venditionis laudemia debentur, ſecus ſi poſt ſemeſtre. 245.9

an valeat lex commiſſoria in Pignore ex interuallo adiecta. 562.1.& ſeqq.

cur vendito Pignore autoritate iudicis ad poſtulatum creditoris, creditoribus poſterioribus ius offerendi competat aduerſus emptorem etiam extraneum. 18.3.& 19.3

creditor quando poſſit pignus emere. 28.4

quam rem quis emere non poteſt, eam nec Pignori accipere poteſt. 633.11.

an valeat pactio vt ob non ſolutam ſua die pecuniam Pignus in ſolutum datum intelligatur. 567.1.& ſeqq.

de iure luendi Pignoris varij pragmaticorum errores. 258.1.& ſeqq.

ius luendi pignoris ex cauſſa enormiſſimæ læſionis an perpetuetur. 258.3.& ſeq.

quid iuris vbi in venditione Pignoris per creditorem facta iure creditoris enormiſſima læſio interuenit. 27.1.& ſeqq.

vendito Pignore à poſteriore creditore hypothecæ perſecutio priori ſalua manet. 22.15. exceptio. ibid. 16

ius Pignoris ita rem afficere nequit, vt alienationem impedire queat. 669.2

quæ ſint differentiæ inter Pignus & hypothecam. 225.1.& ſeqq.

error interpretum de Pluriſualentia. 590.6

Pœna ſtipulationi cur cenſeatur adiici. 10.19

Pœnæ legibus conſtitutæ etiamſi leuiores quàm par ſit non poſſunt nec debent à iudicibus exaſperari. 52.16

poteſt agi ſimul ad retinendam Poſſeſſionem ciuilem, & adipiſcēdam naturalem. 96.9

Poſſeſſio etiam vitioſa prodeſt aduerſus extraneos. 77.7

ſi is per quem poſſidemus Poſſeſſionem in alium tranſtulerit, poſseſſio nobis eſt amiſſa. 87.5

qui directam rei vindicationem exercet Poſseſſioni ſuæ renuntiaſse non intelligitur. 97.11

qui ab aduerſario poſſidet nunquā poteſt aduerſarium vincere ob id quod poſſideat. 139.3

creditor hypothecarius poteſt Poſseſſionem propriam auocare ex clauſula conſtituti pendente diſcuſſionis inſtantia. 104.1

Poſseſſio corporalis vt differat à conſuetudinaria. 115.7

modus transferendę Poſseſſionis quando quod meo nomine poſſideo, alieno nomine poſſidere incipio. 89.1

modus transferendę Poſseſſionis per clauſulam conſtituti licet fictitius veram & realem eamque naturalem poſseſſionem transferr. 89.3

Poſseſſio tranſlata quibus iuris remediis recuperetur. 88.14

Poſſidere & alieno nomine poſſidere vt differant. 89.2

an iuris rationi conueniat conſuetudo qua rerum hereditariarum Poſseſſio à defuncto in heredem continuatur. 112.1.& ſeqq.

perinde transfertur Poſseſſio per conſtitutum atque per traditionem. 227.8.

Poſseſſio precaria vt differat ab ea quæ per clauſulam conſtituti acquiritur. 101.1

qui Pignus accepit, ſi poſtea nouatione facta idē pignus accipiat priſtinū tēporis ordinem

rem retinet 130.9
non poteſt abſolutè bonæ fidei Poſſeſſor dici is qui rem poſſidet ex contractu per reſtitutionem reſciodibili 164.8
per aditionem hereditatis non amittitur Poſſeſſio per conſtitutum quæſita 109.6
interdictis recuperandę Poſſeſſionis quando non ſit locus 94.4
ſemper amittitur Poſſeſſio quando ab alio occupatur 87.8
fieri non poteſt vt per precarium & conſtitutum ſimul Poſſeſſio transferatur 103.2
ad tuendam propriam Poſſeſſionē an poſſit implorari beneficium l. vlt. C. de acquir. poſſ. aduerſus heredem debitoris 108.1
Poſſidere quid 251.10
poſt litem conteſtatam Poſſeſſores omnes ſunt pares, id eſt, malæ fidei 174.13
Poſthumus præteritus an & quando fideicommiſſo obſtrictus ſit 545.2. & ſeqq.
nato Poſthumo qui præteritus fuit rumpitur teſtamentum 545.1
inuecta in Prędium vrbanum cur tacitè obligata cenſeantur. 6.33. item & fructus prædiorum ruſticorum ibid. 34
Prælationis priuilegium quale 131.3
an Prælatus ſtare teneatur locationi per deceſſorem initæ 681.1. & ſeqq.
contra abſentem Reip. cauſa currit Præſcriptio 81.7
Præſcriptio non currit contra filiumfam. viuo patre qui bona materna filij alienauit 82.8
ſi actio competens propter abſentiam aut ignorantiam eius cui competit exerceri nequeat non ideò impeditur Præſcriptio. 82.5
tricennariam Præſcriptionem Anaſtaſius Imp. induxit 80.10
an indiſtinctè verum illud, non valenti agere non currit Præſcriptio 82.1. & ſeqq.
actio nondum nata per Præſcriptionem perimi non poteſt 82.3
per 30. annorum Præſcriptionem perimitur non tantùm ius adeundi, ſed etiam ius petendæ hereditatis 79.6
contra ignorantem quando currat Præſcriptio 82.3
Præſcriptio quando impediatur, aut non impediatur 79.11
Præſcriptionis ea eſt vis vt potiùs ſubſequentum impediat actionem, quàm vt profit ad nouam producendam 79.12
Præſcriptio temporis non eſt modus tollendæ ipſo iure obligationis, multò minùs inducendæ 80.13
actio Pręſcriptis verbis ex quibus conuentionibus competat 9.13
Præteritum quem cenſeant iuris auctores 371.6
an ſufficiat filiam quæ accepta dote renuntiauit futuræ patris ſucceſſioni, in ea dote inſtitutam eſſe, ne Præterita videatur. 327.1. & ſeqq.
Præteritio filię per renuntiationem excluſæ an vitiet teſtamentum 322.1. & ſeqq.
Præteritio fratris honeſto herede inſtituto non eſt habenda pro exheredatione 401.11
Prætor quatenus reſtituere poſſit aductſus lapſa conditionis tempora 734.11
Prætoris quæ ſit poteſtas 331.10
non ſemper Pretium ſuccedit loco rei 94.5
in Galliæ plerisque regionibus ſoli Primogeniti ſuccedunt excluſis fratribus 396.9
Princeps inuitum & ignorantem ſubditum non poteſt obligare 722.14.726.15
quantum ſit hodie abuſus beneficij Inuocarij, & quomodo ei à Principe occurrēdum. 48.19
erronea Baldi ſententia de Principis poteſtate 715.24
an Princeps ius alteri quæſitum auferre poſſit 705.14.15
Probationes omnes ad tempus rei geſtæ retrotrahuntur 13.7
Probatio quæ ſit per chirographum labotat ſuſpitione fraudis non ratione debitoris, ſed creditorum qui medio tempore ſuperuenerunt 13.8
Probandi neceſſitas incumbit ei qui dolum obiicit 51.10
Proculianorum & Sabinianorum diſſenſio. 87.7
Proculianorum & Sabinianorum diſſenſus 503.2
Proculianorum & Sabinianorum diſſenſio 108.3
Procurator dominum an & quando obligare poſſit 726.18
cur delata hereditas per procuratorem acquiri non poſſit 61.9
de comparatione Prodigi & minoris curatorem habentis. 147. 4. item minoris & pupilli 147.5
Pupillus cur teneatur ſtare locationi quam tutor fecerit 677.10
an Pupillus qui ſe immiſcuit paternæ hereditati tutore autore poſſit eodem autore ſe abſtinere 73.10
an tutela Pupilli atque paternum habentis ad matrem deferenda ſit 144.1. & ſeqq.
hereditatem extranei non aliter poteſt Pupillus ſibi acquirere, quàm ſi tutore auctore vel adeat vel pro herede gerat 73.5
Pupillus ſine tutore ſtipulari poteſt, non etiam promittere 148.5
an Pupillo concedenda ſit in integrum re-

ſtitutio aduerſus lapſum temporis ad redimendum defuncto parenti dati 729.1.& ſeqq.

Q.

Quarta falcidia vt differat à quarta Trebellianica. 278.4

Quarta quæ debetur filio adoptiuo in bonis adrogatoris, vt differat à legitima quæ debetur liberis naturalibus. 310.13

Iuſtinianus Querelam inofficioſi teſtamẽti vt coercuerit. 3.9.1

an & quo caſu hodie locus ſit Querelæ inofficioſi teſtamenti. 376.1.& ſeqq.381.5.383.3

R.

Remiſſio debiti vnde præſumatur. 10.21

Renuntiatio facta patri in fauorem aliorũ ſiue liberórum, ſiue agnatorum euaneſcit patre ius ſibi quæſitum remittente. 354.1

caſus quo Renuntiatio non poteſt iureiurando confirmari. 367.12

mos frequens Renuntiandi futuris, cùm filiæ à patribus matrimonio collocantur, & dotes accipiunt. 359.1. huiuſmodi renuntiationis quanta ſit. ibid.2.& ſeqq.

Renuntiatio quæ fit patri ratione paternæ ſucceſſionis longè diſtat ab ea quæ eidem fit ratione fraternæ ſucceſſionis. 360.6. vis renuntiationis quæ fit patri ratione fraternæ ſucceſſionis à fratre ſubuerti poteſt. 360.7. cõfirmatur verò fratre renuntiationem ratam habente. 360.8

Renuntiatio etiam iurata futuræ ſucceſſionis aut legitimę ob immodicam læſionem vt reſcindatur. 342.1.& ſeqq.

Renuntiatio iurata filiæ fauore maſculorũ, aut certæ alicuius perſonę facta euaneſcit, ſi huiuſmodi perſona viuo patre deceſſerit. 352.1

liberi qui Renuntiarunt nõ prohibentur ea petere quæ parentes ob electas ſecundas nuptias amiſerunt. 365.11

quid iuris vbi filia minor accepta dote renuntiauit paternæ ſucceſſioni, & læſa per decennium tacuit. 356.1.& ſeqq.

an valeat Renuntiatio filiæ, quæ nulla dote à patre accepta renuntiauit paternæ ſucceſſioni cum iureiurando. 347.1.& ſeqq.

nulla eſt Renuntiatio illa, qua filia accepta à patre dote renuntiauit maternæ ſucceſſioni, ſi nihil à matre acceperit. 361.14

filia quæ Renuntiauit, etiam ab inteſtato habere debet quæcunque pater ei reliquit in teſtamento minus ſolenni. 367.13.

per inſtitutionem filiæ extinguitur poteſtas Renuntiationis, quam pater extorſerat. 361.12. exceptio. ibid.13

Renuntiationes filiarum tacitam hanc habent conditionem ſi quandoque hereditas aut legitima deferetur. 322.5

Renuntiationes quantumlibet iuratæ non impediunt quominus is qui renuntiauit poſſit inſtitui à ſtipulatore. 366.1

generalis Renuntiatio non ſufficit ad excludendam legitimæ petitionem. 301.5

in ſuis heredibus Renuntiatio non impedit delationem, nec etiam acquiſitionẽ. 322.8

quatenus noceat filiæ Renuntiatio iurata patre viuo facta. 329.10

differentia inter Renuntiationem & exheredationem. 315.7

generalis renuntiatio non ſufficit ad excludendam legitimæ petitionem. 301.5

effectus Renũtiationis quâ filia ſucceſſioni aut legitimæ renuntiauit. 301.6

filia quæ renuntiauit an rectè à pragmaticis habeatur pro mortua aut extranea. 301.7

Renuntiationes tacitam habent conditionem, ſi ſucceſſio vel legitima deferetur. 301.8

Repetitio nulla eſt ab eo qui ſuum accepit, licet alius ſoluerit, quàm qui debuit. 33.18

an Reſcindentis & reſciſſorij iudicij cumulatio fieri poſſit. 150.1.& ſeqq.152.1

quæ ſententia dicatur Reſcindi. 169.18

qualia ſint plerunque Reſcripta Pontificia. 581.6

Reſtitutio præſupponit contractum tenere. 25.17

Reſtitutio minorum quatenus ſit plenior & fauorabilior reſtitutione maiorum. 175.2

qui fructus ei adiudicandi ſint qui Reſtituitur ex cauſſa immodicæ læſionis. 167.1.& ſeqq.

verbum Reſtituendi an ad fructus præciſè pertineat. 601.7

num Reſtitutio in integrum competat venditori læſo vltra dimidium iuſti pretij. 167.2 & ſeqq.

Reſtitutio in integrum datur à prætore, non à iudice. 167.6

in iudicio Reſtitutionis in integrum qui fructus reſtituendi ſint. 163.1 & ſeqq.

Reſtitutio in integrum datur ad diſtrahẽdum negotium iniquè contractum eſtque actio perſonalis. 150.4.

Reſtitutio ei non eſt danda per quem factum eſt quominus res ſit integra. 192.2

Reſtitutionis auxilium eſt extraordinarium. 167.3. ideóque tribui ei non debet qui communi iure munitus eſt. ibid.

quid ſit in integrum Reſtitutio. 164.5.& 165.10

ſi immodica læſio in tranſactione interuenerit, non datur Reſtitutio in integrum ſecus verò ſi dolus, ex conſtitutione ducis Sabaudiæ. 25.13

ſi im-

Reſtitutio in integrum quæ datur minori perſonalis eſt & datur tantum contra eum qui cum minore contraxit. 152.2
Reſtitutiones pro minima cauſa non conceduntur. 27.27
impetrata Reſtitutione fructus percepti à die contractus ſunt venditori reſtituendi. 25.18
Reſtitutiones quædam fauore ætatis, quædam odio eius qui conuenitur, conceduntur. 157.10
Reſtitutio ex capite de eo quod metus cauſſa cur aduerſus quemlibet poſſeſſorem detur. 157.11
verbum *Reſtituendi* in ſententiis de in integrum reſtitutionibus quam ſignificationem habeat. 164.6
in minorum Reſtitutione in integrum an poſſit cumulatio fieri recedentis & receſſorij. 152.12
Reſtitutio minori non aliter competit, quàm ſi & minori ætas & læſio aliqua probetur. 175.1
Reſtitutio in integrum vbi agitari debeat. 262.5
caſus quo aduerſus tertium poſſeſſorem dari volunt pragmatici Reſtitutionem in integrum, & quid de eo ſentiendum. 159.1.& ſeqq.
an maiori detur in integrum Reſtitutio aduerſus tertium poſſeſſorem ex cauſſa immodicæ læſionis. 155.1.& ſeqq.
Reſtitutio in integrum non eſt neceſſaria ad reſcindendam venditionem ſi immodica læſio interuenerit, ſecus verò ſi dolus. 24.11
auxilium Reſtitutionis minoribus competens non poteſt côcurrere cũ ea actione quæ maioribus datur ex cauſſa immodicæ læſionis 77.1
quæ coactio valeat ad impetrandam Reſtitutionem in integrum cõtra venditionẽ, in qua immodica læſio interuenit. 173.11
emptor non poteſt cogi præcisè & abſolutè vt Retrouendat, ſed præſtatione eius quod intereſt liberatur. 631.7
an qui promiſit facere pactum de Retrouendendo, nec fecit, poſſit præcise cogi ad retrouendendum. 655.1.& ſeqq.
an liceat tutori aut curatori aut procuratori, aliſue administratori prorogare tempus Retrouenditionis. 723.1.& ſeqq.
acquiſitio rei vẽditæ ſub pacto de Retrouẽdendo an irreuocabilis. 614.1.& ſeqq.
quibus modis pactum de Retrouendendo adhiberi poſſit. 652.1
emptore ſub pacto de Retrouẽdendo ante retrouenditionẽ decedẽte relicto herede cũ beneficio inuentarij, an poſſit cogi heres retrouendere. 617.1.& ſeqq.
pactum de Retrouendendo paris obligationem perſonalẽ tãmq; conditionalẽ. 706.19
Retrouenditio eſt venditio ſecunda, non reſolutio prioris. 244.8
ſecuta Retrouẽditione ex pacto an & quomodo inter emptorem & venditorem fructus diuidantur. 245.1.& ſeqq.
pactum de retrouendendo an inducat hypothecam. 665.1.& ſeqq.
Retrouenditio quæ fit ex pacto de retrouendendo non fit ex neceſſitate. 631.6
an poſt factam Retrouenditionem teneatur vẽditor ſtare locationi factæ per eũ qui emerat ſub pacto de retrouẽdẽdo. 672.1.& ſeqq.
ex pacto de retrouendendo quotuplex actio oriatur. 653.4
Retrouenditionis tempus non poteſt prorogari. 719.18
quæ ſit vis & poteſtas actionis quæ cõpetit ex pacto de Retrouẽdendo. 602.1.& ſeqq.
an emptor ſub pacto de Retrouendendo rem quæ retrouendi debet obligando vel alienando noceat venditori. 629.1.& ſeqq.
in re empta ſub pacto de Retrouendendo poteſt conſtitui pignus. 633.13
an cenſeatur in venditorem tranſlatũ dominiũ, fructuũq; ad eũ pertineãt, cùm emptor ad Retrouẽdendũ obligatus rẽ reſtituit vẽditori & retrotradidit, nec tamẽ retrouẽdidit. 659.1
Retrouendere an præcisè teneatur emptor. 602.2.& ſeqq.
pactum de Retrouendendo non valde diſſimile eſt legi commiſſoriæ, quæ in pignoribus adhibebatur. 561.20
mora emptoris qui Retrouendere recuſauit vt puniatur. 612.10
venditori ſub pacto de retrouendendo an detur actio non tantùm aduerſus emptorem, ſed etiam tertium poſſeſſorem. 610.1.& ſeqq. & 625.1.& ſeqq.
an per retrouenditionẽ reſoluatur ſeruitus prædio ab emptore acquiſita. 647.1.& ſeqq.
an tempus Retrouẽditionis à principe prorogari poſſit. 700.1.& ſeqq.
per ſolam oblationem factam à venditore ſub pacto de retrouendendo emptor in mora conſtituitur. 610.1.
diſputatio de pacto de Retrouendendo ex internallo adhibita. 653.7.& ſeqq.
Reo non probante exceptiones ſuas, ſententia fertur pro actore qui ſuam probauit intentionem. 506.2.

S.

Sabinianorum & Proculianorũ diſſẽſio. 87.7
Sabinianorũ & Proculianorũ diſſenſus. 503.2
Sabinianorũ & Proculianorũ diſſenſio. 108
Sebuſianorum pragmaticorum error. 24.98.

2.& ſeqq.

Scriptura non eſt neceſſaria ad conſtituendum pignus ſeu hypothecam. 12.5

Senatus quanta ſit poteſtas. 256.7

Sententia nulla eſt quæ lata eſt à iudice euidenter incompetenti. 162.8

Sententia per contumaciam contra autorem abſentem reddita non nocet ſucceſſori. 159.4

Sententia dici non poteſt, niſi quæ vel abſolutionē vel condemnationē continet. 487.5

Sententia iudicis cur à pragmaticis ſtricti iuris dicatur. 165.12

quæ Sententia reſcindi dicatur. 169.18

edictum prætoris de Separationibus an hodie ſit ſuperuacuum. 37.1.& ſeqq.

edictum prætoris de Separationibus quomodo conueniat cum beneficio legis Iuſtinianeæ & inuentarij, quomodo item differat. 38.14.& 17.3 8

an per retrouēditionem reſoluatur Seruitus prędio ab emptore acquiſita. 647.1.& ſeq.

Species vt differat à merce. 443.7.& ſeqq. & 445.3.6

Statuto fieri poteſt vt quis ab inteſtati ſucceſſione prorſus excludatur. 396.6.

in Stellionatū incidit qui rem iam vni obligatam alteri obligat. 106.6

ſi Stipulationi inſerta ſit dies ac pœna ſubiecta, dies interpellat pro homine ad pœnam committendam. 10.18

pater filio ſtipulari poteſt. 359.4

mater filio ſtipulari nequit, nec poteſt ex æquitate huiuſmodi ſtipulatio defendi. 361.11

Stipulatio eſt contractus ſtricti iuris. 9.11

Stulti ſunt qui in iure errant. 202.4

Subhaſtationes confirmatæ vt reſcindantur. 255.1.& ſeqq.

pactum reciprocum de Succedendo inter commilitones valet. 357.7

pactiones de futura viuentis ſucceſſione iure ciuili non valent, ſiue de ſuccedendo, ſiue de non ſuccedendo. 301.1

variæ rationes cur pactum de ſuccedendo, aut non ſuccedendo non valeat. 303.3.& ſeq.

differentia inter pactum de Succedendo, & pactum de non ſuccedendo. 304.8.10

caſus quo filio eripitur ſucceſſio, & legitima tamen ſalua relinquitur. 309.11

in quo conſiſtat vis legum, quæ circa ſucceſſiones teſtamentarias aut legitimas verſantur. 331.12

in ſuis nō erat olim ſucceſſio imò nequidē in agnatis. 70.9

pactiones de futura ſucceſſione, vt pote odioſæ ſtrictiſſimè accipiendæ ſunt. 363.1

neque in ſuis, neque in agnatis olim iure ciuili erat ſucceſſio. 78.2

matres vt ſuccedant liberis apud Gallos & Auguſtanos. 396.7

vſu deſcenduntur pactiones de Succedendo tabulis nuptialibus adiectæ & quidem matrimonij contemplatione. 357.8

ſingularis ſucceſſor an poſſit expellere cōductorem. 690.1.& ſeqq.

Succeſſorium edictum à prætoribus introductum licet æquitate nitatur, tamen à iuris ciuilis ratione alienum eſt. 78.1

Supplere facti eſt. 4.13. ſupplere iudex non debet. ibid.

vt accipiendum illud Symmachi, iuris & legum vocem hanc eſſe, bonę fidei contractūs non reſcindi. 183.13

T

ſi Talliabilis ſine liberis decedat ſuperſtite matre, an huic debeatur legitima. 310.1.& ſeq.

de Taxatione iuriſiurādi in litē. 500.1.& ſeq.

Teſtamentū in quo præteritus eſt filius qui teſtamenti tempore fuit in poteſtate, iure ciuili nullius eſt momenti, nec conualeſcit etiamſi filius viuo patre moriatur. 329.1. an huiuſmodi teſtamentum defendatur iure prætorio. ibid.nu. 2 & ſeqq.

Teſtamentum etiam iuratum reuocari poteſt. 335.7

an Teſtamētū aliàs nullū ſeu ruptū defendatur per clauſulā codicillarem. 541.1.& ſeqq.

non adita ex teſtamento hereditate omnia corruunt quæ Teſtamento continentur. 407.5

Teſtamentum à voluntate teſtatoris diſtinguendum eſſe. 542.5.

quę exheredatio hodie requiratur ad Teſtamenti ſolennitatem. 374.10

nato poſthumo qui præteritus fuit rumpitur Teſtamentum. 545.1

Teſtamentum in quo inſtituitur filius in certa re aut quantitate pro legitima non valet. 372.5

Teſtamentum in quo præterita eſt filia excluſa, non defenditur æquitate Canonica, aut prætoria. 324.14

debitum ex Teſtamento vt differat ab eo quod ex contractu debetur. 169 9

quæ Traditio transferat dominium. 406.3

ſi immodica læſio in Tranſactione interuenerit non datur reſtitutio in integrum, ſecus verò ſi dolus, ex conſtitutione ducis Sabaudiæ. 25.13

ad Tranſactionem an producatur beneficium leg.2.C. de reſc. vendit. 209.1.& ſeqq.

iure Pandectorum nō potuit Tranſactio reſcindi prætextu quantæuis læſiōnis. ibi.n.3.

bona fide factas trāſactiones quas dicamus. ibid.n.4

non minor eſt autoritas tranſactionis quàm rerum iudicatarum. 210.8

pœna eorum qui aduerſus iuratam tranſactionem veniunt. 211.9

an

an heredibus liberorum primi gradus poſſit Trebellianicæ deductio prohiberi 288.1 & ſeqq.

in Trebellianicam fructus imputantur 275.3

de Trebellianicę & legitimæ computatione diſſertatio auctoris 290.1 & ſeqq.

varij caſus quibus Trebellianica nulla debetur 286.12

an ex portione legitima quæ per filiæ renuntiationem adcreuit hereditati heres Trebellianicam deducere poſſit 319.1 & ſeqq.

Legata Trebellianicam non minuunt 293.6.

Triticaria condictio quę ſit 447.1 & ſeqq.

caſus quo poteſt Tutor prædium pupilli ſine decreto alienare 728.22

an Tutela impuberis auum paternum habentia ad matrem deferenda ſit 144.1. & ſeqq.

Tutor pupillum quatenus obligare queat 726.14 an poſſit prorogare tempus retrouenditionis 723.1 & ſeqq.

an ſil oſam. Tutor quandoque dari poſſit 245.1 & ſeqq.

an Tutor quilibet confirmandus ſit 83.1.2

Tutor non poteſt pupilli nomine aut adire aut pro herede gerere 73.7

V

Venditio propter immodicam læſionem non dicitur reſolui, ſed reſcindi 637.12

reſolutio Venditionis quæ ſit ex lege commiſſoria, aut pacto addictionis in diem quatenus voluntaria, quatenus neceſſaria 637.13

Venditio facta ſub pacto de retrouendendo quatenus ſimilis ſit fiduciæ quatenus diſſimilis 591.6

ita contrahi poteſt venditio vt ſi venditor pretium quod accepit intra certum diem reddiderit res inempta ſit 594.1. dicta conuentio vt à lege commiſſoria differat, item à pacto de retrouendendo 594.2 & ſeqq.

quando ex cauſſa immodicæ læſionis reſcindatur Venditio per in integrum reſtitutionem 170.21

Venditio differt à promiſſione de vendendo 604.5 pactum de vendendo vt differat à pacto de retrouendendo 604.7

actio quæ datur venditori læſo vltra dimidium iuſti pretij non poteſt dari contra tertium poſſeſſorem 170.26

Venditio facta ſub pacto de retrouendendo vt affinis pactioni antichreſeos 231.1. & ſeqq.

ſi in Venditione dolus interuenerit ex parte emptoris & emptor agat ad rem tradendam an venditor rem tradere teneatur 183. 23, quid verò ſi nullus dolus interuenerit, 184. 20

Venditionis & diuiſionis conuenientia 195.4

differentia inter Venditionē & locationem 698.24

Locus ſingularis in iure de venditione ſub pacto de retrouendendo 241.1

qui directam rei Vindicationem exercet poſſeſſioni ſuæ renuntiaſſe non intelligitur 97.11

Venditionis vniuerſalis priuilegium 119.13

Venditor vt ſequatur forum & iudicem emptoris 148.2

Venditor de euictione tenetur etiamſi nihil dictum ſit, dum ne in contrarium conuenerit ne de euictione teneatur 32.8

Contracta venditione ſub pacto addictionis in diem is cui addicta res eſt non ſolùm vſucapere poteſt ſed & fructus & acceſſiones omnes lucrari 242.8

inter priuatas & publicas venditiones quid interſit 20.6

Venditio rei litigioſæ quando valeat 119.13

an Venditione fructuum rei locatæ diſſoluatur locatio 141.1 & ſeqq.

facta Venditione ſub pacto addictionis in diem non poteſt emptor pro eodem pretio quod alius offerat, eandem rem retinere 642.1

Venditio facta ſub pacto addictionis in diem quomodo differat à venditione facta ſub pacto de retrouendendo 630.4

ex empto poteſt dari actio ad corrigendam venditionem, ſicut & ad diſtrahendam 24.10

Venditio facta ſub pacto de retrouendendo & addictio in diem vt differant & conueniant 591.1 & ſeqq.

Venditori lęſo vltra dimidium iuſti pretij num competat reſtitutio in integrum 167.2 & ſeqq.

Venditor qui negat ſe ad litem pro emptore ſuſcipiendam teneri apud iudicem emptoris non cogitur litigare, ſed apud ſuum conueniendus eſt 149.6

pignorum Venditio quatenus ſit ſimilis venditioni quæ ſit ſub pacto addictionis in diem 244.5

facta venditione ſub pacto addictionis in diem fructus interea percepti priorem emptorem ſequuntur 244.6

Venditio quæ ſit ſub pacto de retrouendendo vt differat à venditione pignorū item ea quę ſit ſub pacto addictionis in diem 244.7

quatenus condemnandus ſit Venditor vt rem tradat 470.6

Venditio quæ ſit ſub pacto de retrouendendo nunquam reſoluitur 6.0.5

Venditor qui rem vendidit, quam tradere poteſt, precisè obligatus eſt vt tradat 603.4

quatenus eadem fuerit olim ratio Venditionis & locationis 203.1
enormiſſima læſio an reddat Venditionem ipſo iure nullam 260.1 & ſeqq.
cùm in Venditione immodica læſio interuenit, reſcinditur quodammodo Venditio ſi emptor iuſtum precium ſupplere nolit 169. 14
Venditio & diuiſio vt differant in probanda læſione 194. 1 & ſeqq.
beneficium l.2.C.de reſcind. vend. ad publicas Venditiones non pertinere 260.3
an ſit audiendus Venditor qui vltra dimidium iuſti pretij læſus, renunciauit beneficio l.2.C.de reſcind. vend 172.1 & ſeqq.
ſi nec vis, nec dolus, neç mala fides interuenerit, contractus Venditionis nullatenus reſcindi poteſt 170.24
differentia inter Venditiones publicas & priuatas 258.6
ſi eadem res pluribus ſeparatim Vendita ſit, præfertur is cui priori res tradita eſt, licet poſterior emerit 693.3
rei Vindicatio vt ſit ſimilis, diſſimiliſue actioni hypothecariæ 484.4 & ſeqq.
in vltimis Voluntatibus interpretandis regulare eſt, vt plus dictum minus ſcriptum non exiſtimetur 3.10
Vſufructuario proprietatem acquirente vſusfructus per conſolidationem amittitur 662.1
nullus eſt vſusfructus cauſalis 662.2
differentia inter Vſumfructum & dotem 675.4
Vſuræ legatorum & fideicommiſſorum vt debeantur 269.6 & ſeqq.
Vſuræ quantumlibet odioſæ ſint, tamen cùm in ſtipulationem deducuntur aut chirographum, debentur 9.8 & 10.15
odium Vſurarum non efficit vt promitti aut certi conditione peti non poſſint, ſed tantùm vt ex nudo pacto peti nequeant 9.9
in Iudicijs bonæ fidei propter quid vſuræ debeantur 597.8
Vſuræ vt differant à fructibus 266. 12.13
fænebris pecuniæ Vſuræ non debentur niſi ex ſtipulatione 205.13
Vſurarum remiſſio facile præſumitur 10. 21
legitimæ & licitæ vſuręq quę dicantur 237.1.
Vſurarum tolerantia vnde profluxerit 237.2.
Vſuræ centeſimæ quę. ibid. 4. trientes vſurę quæ, & vnde dictæ 238.5.6
quo ſenſu dicatur, lite conteſtata Vſuras currere 6.38
error pragmaticorum de Vſuris in chirographo promiſſis non debitis niſi ex quo agnitum eſt vel denegatum chirographum 8.1 & ſeqq.
Vſuræ quæ odioſæ aut non odioſæ 8.3 & 10.17
Vſuræ chirographo promiſſæ debentur ex eo tempore quo ſolutio fieri debuit, contra pragmat. 8.4
Vſura vſuræ interdicta eſt. 532.3. an omnica ſu. ibid. n. 4. & ſeqq. pecuniæ creditæ vſuras nullas deberi ex mora neque ex litis cōteſtatione 533.6
Vſuræ fænebris pecuniæ non niſi ex ſtipulatione debentur & peti poſſunt 8 1.
facilis eſt, & fauorabilis Vſurarum remiſſio 242.7
caſus quo vſuræ debentur etiam citra moram 265.2
quo caſu poſſit hodie exigi vſura centeſima 239.11
quonam iure vtantur Sabaudi quod attinet ad certum Vſurarum modum 239.12 & 14
mediocres ſeu moderatæ vſuræ quæ olim fuerint 238.8
quas Vſuras inhibeat nuda oblatio 608.8
legitimus modus Vſurarum apud Sabaudos 234.13 & 239.13
quæ Vſuræ tacitè remiſſę cenſeantur 11. 22

FINIS.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google